KOHTUJURISTI ETTEPANEK

PEDRO CRUZ VILLALÓN

esitatud 14. septembril 2010[1]

Sisukord

I. Sissejuhatus ..... I - 4110

II. Õiguslik raamistik ..... I - 4111

A. Ühenduse õigus ..... I - 4111

1. Esmane õigus ..... I - 4111

2. Teisene õigus ..... I - 4112

B. Siseriiklik õigus ..... I - 4113

1. Notariamet ..... I - 4113

a) Belgia õigus ..... I - 4113

b) Prantsuse õigus ..... I - 4115

c) Luksemburgi õigus ..... I - 4116

d) Austria õigus ..... I - 4117

e) Saksa õigus ..... I - 4119

f) Kreeka õigus ..... I - 4120

g) Kokkuvõte ..... I - 4121

1 – Algkeel: hispaania.

2. Konkreetselt hagide esemeks olevad siseriiklike õigusnormide sätted: kodakondsustingimused ..... I - 4122

a) Belgia õigus ..... I - 4122

b) Prantsuse õigus ..... I - 4122

c) Luksemburgi õigus ..... I - 4122

d) Austria õigus ..... I - 4122

e) Saksa õigus ..... I - 4123

f) Kreeka õigus ..... I - 4123

III. Poolte nõuded ..... I - 4123

IV. Vastuvõetavus ..... I - 4124

V. Sisulised küsimused ..... I - 4125

A. Kohustuste rikkumise hagi esimene väide ..... I - 4125

1. Kolm sissejuhatavat üldmärkust ..... I - 4126

a) Õigusnorm, mille rikkumist komisjon riikidele ette heidab: EÜ artikkel 43 ja EÜ artikli 45 esimene lõik ..... I - 4126

b) Probleem EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduse tõlgendamisel ..... I - 4127

c) Proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamine ..... I - 4128

2. Avaliku võimu teostamisega seotud tegevus ..... I - 4130

a) Euroopa Kohtu praktika ..... I - 4130

b) Avaliku võimu mõiste põhjaliku analüüsi vajadus ..... I - 4132

3. Notari tegevuse ja konkreetselt tõestamistoimingu kuuluvus asutamisvabaduse negatiivsesse kohaldamisalasse ..... I - 4136

a) Tõestamine kui notarite keskne tegevus kostjaks olevates riikides ..... I - 4136

b) Tõestamistoimingu seostamine avaliku võimu teostamisega ..... I - 4138

4. Kodakondsustingimus proportsionaalsuse põhimõtte seisukohast ..... I - 4141

a) Notari seisund ..... I - 4141

b) Kodakondsuse alusel diskrimineerimine EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu seisukohast ..... I - 4142

c) Proportsionaalsuse hindamine ..... I - 4147

5. Liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi esimese väite järeldus ..... I - 4149

B. Liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi teine väide ..... I - 4150

VI. Kohtukulud ..... I - 4151

VII. Ettepanek ..... I - 4152

I. Sissejuhatus

1. Euroopa Komisjon palub käesolevate liikmesriigi kohustuste rikkumise hagidega Euroopa Kohtul tuvastada, et kuna Belgia Kuningriik, Prantsuse Vabariik, Luksemburgi Suurhertsogiriik, Austria Vabariik, Saksamaa Liitvabariik ja Kreeka Vabariik näevad notariameti pidamise õiguse ette ainult oma riigi kodakondsusega isikutele (edaspidi „kodakondsustingimus"), on need liikmesriigid rikkunud EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi. Ühtlasi palub Euroopa Komisjon tuvastada, et kõnealused liikmesriigid, välja arvatud Prantsuse Vabariik, on rikkunud direktiivist 2005/36/EÜ kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta [2] tulenevaid kohustusi, kuna nad ei kohalda seda direktiivi notari kutseala suhtes. [3]

2. Kuigi komisjon piirdub algatatud asjas kodakondsusel põhineva diskrimineerimise vaidlustamisega, on käesoleva kohtuasja aluseks olev küsimus märkimisväärselt keerukam. Tegelikult on nende menetluste eesmärk, et Euroopa Kohus tuvastaks, et kuna ladina traditsioonil põhinev notariamet, millele iseloomulikku profiili esineb märkimisväärselt

2 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. septembri 2005. aasta direktiiv 2005/36/EÜ kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta (ELT L 255, lk 22), millega tunnistatakse kehtetuks 21. detsembri 1988. aasta direktiiv 89/48/EMÜ vähemalt kolmeaastase kutseõppe läbimisel antavate kõrgharidusdiplomite tunnustamise üldsüsteemi kohta (EÜT 1989, L 19, lk 16; ELT eriväljaanne 05/01, lk 337).

3 – Need ei ole ainsad liikmesriigi kohustuste rikkumise hagid, mille komisjon algatas selle õigusliku põhjendusega, sest praegu peab Euroopa Kohus otsuse tegema ka Portugali (C-52/08) ja Madalmaade vastu esitatud hagides (C-157/09).

paljudes liikmesriikides,[4] ei ole seotud „avaliku võimu teostamisega", kuulub see asutamisvabaduse kohaldamisalasse.

3. Üldisemas probleemi asetuses seab see kohtuasi Euroopa Kohtu ehk kõige delikaatsema küsimuse ette seoses EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu koos tõlgendamisega. Nagu kohe näeme, on Euroopa Kohtus lahendatud kohtuasjad, mis käsitlesid neid kahte artiklit koos, tänaseni käsitlenud kutsealasid, millel on ebamäärased või äärmiselt konkreetsed seosed avaliku võimuga, mida igatahes ei saa esmapilgul öelda meil praegu arutamisel oleva kohtuasja kohta.

4. Nendel põhjustel annavad käesolevas ettepanekus koos vaadeldud kuus hagi Euroopa Kohtule võimaluse käsitleda senisest põhjalikumalt selle nii keeruka õigusnormi kohaldamisala, mis tuleneb EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu koostoimest. Selles ülesandes ja erinevalt senisest tuleb Euroopa Kohtul käesolevas menetluses leida sobiv tasakaal liidu vabadustega taotletavate eesmärkide, liikmesriikide pädevuse respekteerimise ja Euroopa kodakondsuse vahel. Nende väärtuste kaalumisel täheldab Euroopa Kohus, et eespool nimetatud artiklid nõuavad eriti hoolikat tõlgendamist, milles on määrav proportsionaalsuse põhimõte.

5. Näeme, et käesoleval juhul arutamisel olevate väärtuste olemus ja ka võimalus rakendada EÜ artiklis 43 ja EÜ artikli 45 esimeses lõigus proportsionaalsuse kontrolli näitavad, kui tähtis on käesolev kohtuasi mitte ainult konkreetselt notari tegevusala jaoks, vaid ka laiemalt liidu õiguse jaoks.

II. Õiguslik raamistik

A. *Ühenduse õigus*

1. Esmane õigus

6. Õigusnormid, millele komisjon oma hagi põhjendamiseks tugineb, on EÜ artikkel 43

4 – Siinkohal tuleb märkida, et kuigi ladina tüüpi notar – käesolevate kohtuasjade ese – on Euroopas endiselt kõige levinum, on Euroopa Liidus samal ajal selle kutseala teisi variante, mille kuuluvuse osas EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamisalasse vaidlust ei ole. Seda sellepärast, et notariamet kuulub seal täielikult avalikku haldusesse, või sellepärast, et notari sekkumisel ei ole sama õigsust tõestavat mõju, nagu siin kasutatud tähenduses. Lõpuks on olukord Euroopas viimastel aastatel veelgi mitmekesisemaks muutunud seoses kodakondsustingimuse kaotamisega mõnes liikmesriigis, kus on ladina notariaadi süsteem (Itaalia, Hispaania).

koostoimes EÜ artikli 45 esimese lõiguga (nüüd ELTL artiklid 49 ja 51), mis sätestasid väidetava rikkumise toimepanemise ajal füüsiliste isikute ja juriidiliste isikute asutamisvabaduse järgmiselt:

„*Artikkel 43*

Allpool esitatud sätete kohaselt keelatakse piirangud, mis kitsendavad liikmesriigi kodaniku asutamisvabadust teise liikmesriigi territooriumil. Niiviisi keelatakse ka piirangud, mis takistavad mis tahes liikmesriigi territooriumile asunud liikmesriigi kodanikel rajada esindusi, filiaale ja tütarettevõtjaid.

[…]

Artikkel 45

Käesoleva peatüki sätteid ei kohaldata liikmesriigis tegevuse puhul, mis selles riigis on kas või ajutiselt seotud avaliku võimu teostamisega.

Nõukogu võib komisjoni ettepaneku põhjal kvalifitseeritud häälteenamusega otsustada, et käesoleva peatüki sätteid ei kohaldata teatud tegevusalade suhtes.” [5]

2. Teisene õigus

7. Direktiiv 89/48 nägi ette ülevõtmise tähtaja, milleks oli selle direktiivi artikli 12 kohaselt 4. jaanuar 1991.

8. Selle artiklis 2 oli sätestatud:

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

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

5 – Tuleb rõhutada, et kuigi kõik asjaosalised pooled lähtuvad käesolevate kohustuste rikkumise hagide käigus lähemalt täpsustamata EÜ artiklist 45, on tegelikult silmas peetud säte eranditult kõnealuse artikli kahest lõigust esimene lõik, mis sätestab vabaduse kohaldamisala „negatiivis”, see tähendab mitte laiendades seda vabadust tegevusaladele, mis on seotud avaliku võimu teostamisega. Väga erinevas tähenduses näeb teine lõik ette üldjuhu majandustegevuse suhtes, mille „võib”, ilma et see oleks seotud avaliku võimu teostamisega, sellegipoolest teisese õiguse sätete abil asutamisvabaduse kohaldamisalast nii-öelda „välja jätta”. Selle juurde tulen edaspidi tagasi.

9. Tuleb märkida, et notari kutseala ei ole reguleeritud ühegi äsja osundatud artikli teises lõigus nimetatud õigusaktiga.

10. Direktiiv 89/48 tunnistati kehtetuks ja kodifitseeriti direktiiviga 2005/36. Uues redaktsioonis säilib direktiivi 89/48 põhisisu, aga põhjendus 41 on eelmise direktiiviga võrreldes uuendusena, mis ei ole ilmselt sugugi tähtsusetu, sõnastatud järgmiselt:

„Käesolev direktiiv ei piira asutamislepingu artikli 39 lõike 4 rakendamist ja asutamislepingu artikli 45 rakendamist eelkõige notarite suhtes."

B. *Siseriiklik õigus*

1. Notariamet

11. Nii komisjon kui ka liikmesriigid esitasid rohkelt faktilisi ja õiguslikke andmeid, mis kirjeldavad üksikasjalikult notariametit igas riigis. Arvestades aga esitatud teabe rohkust, käesoleva ettepaneku liidetud olemust ja vajadust esitada selgeid argumente põhiküsimuse analüüsimisel, esitatakse järgnevalt eraldi kokkuvõtted nii õigusnormidest, millele tuginetakse, kui ka igas liikmesriigis notariametiga seotud funktsioonidest, mille hulgast eristub väga selgelt õigustoimingute õigsuse tõestamine.

a) Belgia õigus

12. Belgias reguleerib notariametit loi du 25 Ventôse de l'an XI, samuti mitmesugused sätted, mis sisalduvad muu hulgas Belgia kohtuseadustikus.

13. Belgia õiguskorra kohaselt on notari ülesanne peamiselt koostada ametlikke dokumente, mille kaks põhiomadust on: täielik tõendusjõud ja täitmisele pööratavus. [6]

14. Tõestamisel toimib notar poole taotlusel ja kontrollib tõestatava dokumendi seaduslikkust. Notari sekkumine võib olla kohustuslik või vabatahtlik, olenevalt dokumendist, mida tuleb tõestada, ning selles tuvastatakse, et on

6 – Loi du 25 Ventôse de l'an XI, artikkel 19.

täidetud kõik dokumendi koostamiseks seadusega nõutavad tingimused, samuti poolte õigus- ja teovõime. Toimingu käigus teavitab notar iga osapoolt tema õigustest ja kohustustest, andes sealjuures erapooletult nõu. [7] Ühtlasi määrab notar otseselt kindlaks ja nõuab sisse registreerimistasud ja hüpoteegi seadmise tasud.

15. Kõik notariaalselt koostatud aktid on täieliku tõendusjõuga, mis on samaväärne ametlike dokumentide tõestamiseks volitatud isiku antud tõendusjõuga, ja neid võib vaidlustada ainult kohtus. Notari antud hinnangut saab vaidlustamiseks kohtusse kaevata aga ainult erakorralise õiguskaitsevahendi abil. [8]

16. Samuti on ametlik dokument täitmisele pööratav kogu riigi territooriumil. [9] Sel viisil on notariaalakt võlgnikule täitmiseks kohustuslik (siiski peab akt olema talle kätte toimetatud) ning akti peab otseselt täitmisele pöörama võimuorgan, *huissier* (kohtutäitur). Kui võlgnik on täitmise vastu, võib ta täitmise kohtus vaidlustada. [10]

17. Belgia valitsus tõendas, et notarid teevad lisaks tõestamisfunktsioonidele ka teisi toiminguid, aga väga vähesel määral, võrreldes eespool nimetatud ülesandega. Nii täidab notar ülesandeid, mis on seotud kinnisvara müügiga täitemenetlustes, pankroti-, eestkoste- või pärimismenetlustes, pärandvara nimekirja koostamisega, jagamata vara jagamisega ning äriühingute asutamise, ühinemise ja teiste toimingutega, mis on äriühingutega seotud.

18. Nende ülesannete täitmisel on notar avalik-õigusliku ameti kandja, kes esindab avalikku võimu, kuigi tema tegevusala loetakse vabaks elukutseks. [11] Notari amet on eluaegne ja selle suhtes kehtib spetsiaalne kord, mis reguleerib avaliku võimu teenistuses töötamist. [12] Notaritasud ei ole olemuselt ärilised tasud ja on sätestatud seaduses, aga kliendil on notari valimisel suur valikuvabadus. Seetõttu ei konkureeri notarid oma klientide pärast hinnapoliitika, vaid teenuse kvaliteedi abil.

7 – Eespool viidatud loi du 25 Ventôse de l'an XI, artikli 9 lõike 1 punkt 3.

8 – Notariaalselt tõestatud dokumentide suhtes kohaldatavat „inscription en faux" (menetlus kontrollimiseks, kas kohtule esitatud dokument on võltsitud) menetlust reguleerib tsiviilõiguses Belgia kohtuseadustiku artikkel 895.

9 – Eespool viidatud loi du 25 Ventôse de l'an XI, artikkel 19.

10 – Belgia kohtuseadustiku artiklid 1395 ja 1396.

11 – Viidatud loi du 25 Ventôse de l'an XI artikkel 1.

12 – Viidatud loi du 25 Ventôse de l'an XI artikkel 108.

b) Prantsuse õigus

19. Prantsusmaal reguleerivad notariametit loi du 25 Ventôse de l'an XI ja teised erisätted, mis on ette nähtud nimelt tsiviilkohtumenetluse seadustikus.

20. Prantsusmaal on notari kutsealale samuti iseloomulik nende aktide ja lepingute õigsuse tõestamine, mille pooled esitavad notarile, kelle toiminguga kaasneb akti või lepingu täielik tõendusjõud ja täitmisele pööratavus. [13]

21. Prantsusmaal toimib notar poole palvel, kuigi on mitmesuguseid dokumente, mis tuleb kohustuslikult koostada notariaalselt. [14] Selleks et dokument oleks nõuetekohaselt tõestatud, kontrollib notar toimingu seaduslikkust ja järgib seaduses sätestatud rangeid vorminõudeid, [15] sealhulgas kohustust, et dokument peab olema koostatud prantsuse keeles. [16] Notar on samuti kohustatud selgitama pooltele toimingu ulatust ja mõju, samuti veenduma, et pooled annavad oma nõusoleku vabatahtlikult täie õigus- ja teovõimega.

22. Ametlikul dokumendil on kõrgem tõendusjõud, ehkki selle võib vaidlustada erimenetluse teel, mille puhul on ainupädev *tribunal de grande instance.* [17] Menetlus algatatakse lisa- või põhimenetlusena vastavalt sellele, kas poolelioleva menetluse käigus vaidlustatakse ametliku dokumendi sisu või mitte. [18] Selle menetluse tagajärjel võivad kaasneda karistused nii notari kui ka menetluse algatanud poole suhtes.

23. Notariaalakti täitmisele pööratavus tähendab, et akti iga osapool võib taotleda akti sundtäitmist otse võimuorganilt, kes ainsana selle täitmise eest vastutab, s.o kohtutäitur. [19] Erinevalt omakäeliselt allkirjastatud dokumentidest ei ole notariaalakti täitmisele pööramiseks vaja kohtu sekkumist ega ka võlgniku nõusolekut. Täitemenetlus on sama,

13 – 2. novembri 1945. aasta määrus nr 45-2590 artikkel 1, tsiviilseadustiku artikkel 1319 ja eespool viidatud loi du 25 Ventôse de l'an XI artikkel 19.

14 – Mh kinked, abieluvaralepingud, hüpoteekide seadmine või tulevikus valmiva kinnisvara müügi lepingud.

15 – Vt juba viidatud loi du 25 Ventôse de l'an XI ning erisätted, nagu Prantsuse maksukoodeksi artikli 850 sätted.

16 – 4. augusti 1994. aasta seaduse nr 94-665 artikkel 1, ning 1539. aasta Ordonnance de Villers-Cotterêts, mis on veel kehtiv ja milles on sätestatud kohustus, mis nõuab ametlikes dokumentides prantsuse keele kasutamist.

17 – Tsiviilkohtumenetluse seadustiku artikkel 299.

18 – Tsiviilkohtumenetluse seadustiku artiklid 306 ja 314.

19 – Dokumentide ja täitedokumentide täitmisele pööramise monopol on antud eespool viidatud tsiviilkohtumenetluse seadustiku artikliga 18 kohtutäituritele.

mida kohaldatakse kohtuotsuste täitmisele pööramisel. [20]

c) Luksemburgi õigus

24. Prantsuse valitsus tõendas, et notarid teevad lisaks tõestamisfunktsioonidele ka teisi toiminguid, aga väga vähesel määral, võrreldes eespool nimetatud ülesandega. Nii täidab notar tõestamisest erinevaid maksude sissenõudmisega seotud ülesandeid, mis täiendavad õigsuse tõestamist ja näitavad, kui sügavalt on see kutseala sisenenud avaliku võimu valdkonda.

25. Notar on ametiisik, avaliku võimu kandja, kelle suhtes kehtivad ranged eeskirjad, mis piiravad muu tegevusega tegelemist, kuigi ta tegutseb oma kutsealal vaba elukutse esindajana. [21] Notari ülesanded kuuluvad siiski ka õiguse ennetava rakendamise alla, tagades õigus- ja sotsiaalsuhete stabiilsuse. Notaritasud on kindlaks määratud seadusega, aga kliendil on mõningane vabadus notarit valida. Seega on tegemist majandustegevusega, mida teostatakse konkurentsi korras, kus teenusepakkujate vahel eristavaks elemendiks ei ole mitte hinnad, vaid teenuse kvaliteet.

26. Luksemburgis reguleerivad notariametit 9. detsembri 1976. aasta seadus, samuti teised erisätted, mille hulgas on uus tsiviilkohtumenetluse seadustik, 25. septembri 1905. aasta seadus ja suurhertsogi 7. oktoobri 2000. aasta määrus.

27. Luksemburgi notariaadile on samuti iseloomulik, et see koosneb avalik-õigusliku ameti kandjatest, kelle ülesanne on kontrollida kõiki akte ja lepinguid, mille pooled neile tõestamiseks esitavad. [22] Tõestamisega kaasneb tugevdatud tõendusjõud ja täitmisele pööratavus. [23]

28. Notar toimib poole palvel, kusjuures ta peab kontrollima toimingu seaduslikkust ning tagama, et oleks täidetud mitmesugused seaduses ettenähtud formaalsused. Notari sekkumine võib siiski olla teatavatel juhtudel kohustuslik. [24] Notar peab tagama, et pooled toimivad täiesti vabal tahtel ning täie õigus- ja teovõimega. Ta on samuti kohustatud andma pooltele täiesti sõltumatut nõu ning selgitama neile konkreetsest aktist ja enda sekkumisest tulenevaid õigusi ja kohustusi.

20 – 9. juuli 1991. aasta seadus 91-650.

21 – Notari tegevusala avalikku olemust kinnitas Prantsuse Conseil d'État (kõrgeim halduskohus) 9. juuni 2006. aasta kohtuotsuses (nr 280911), milles ta tuvastas, et EÜ artikli 45 esimene lõik on selle kutseala suhtes kohaldatav, kuigi ta jõudis sellele järeldusele ilma Euroopa Kohtule eelotsuse küsimust esitamata.

22 – 9. detsembri 1976. aasta seaduse artikkel 1.

23 – Eespool viidatud seaduse artiklid 37 ja 45.

24 – Vt nt 25. septembri 1905. aasta seadus kinnisasjaõiguste kohta.

29. Tõestamine toimub pitseri panemisega, mille peal asub täitmismärge. [25] Dokumendi tõendusjõud on järelikult eriti kõrge ja selle suhtes saab vastuväidet esitada ainult erandjuhtudel ja spetsiaalse vaidlustusmenetluse teel. [26]

30. Notariaalakti täitmisele pööratavus võimaldab võlausaldajal algatada täitemenetluse otse võlgniku vastu, ilma et tal oleks vaja algatada deklaratiivset menetlust kohtus. Võlausaldaja peab ainult pöörduma sundtäitmiseks ainuvolitatud ametivõimu – kohtutäituri poole. Kohtutäituri otsuste peale saab täitemenetluse käigus edasi kaevata samadel tingimustel, mis on ette nähtud kohtuotsuse täitmise puhul.

d) Austria õigus

31. Luksemburgi valitsus tõendas, et notarid teevad lisaks tõestamisfunktsioonidele ka teisi toiminguid, aga väga vähesel määral, võrreldes eespool nimetatud ülesandega. Nii täidab notar ülesandeid, mis on seotud kinnisvara müügiga täitemenetlustes, pankroti-, eestkoste- või pärimismenetlustes, pärandvara nimekirja koostamisega ning jagamata vara jagamisega.

32. Notarid on avalik-õigusliku ameti kandjad, kelle nimetab ametisse suurhertsog justiitsministri ettepanekul. Nad täidavad oma ülesandeid kogu Luksemburgi territooriumil, kus peab olema nende alaline elukoht. Vaatamata sellele, et nad täidavad oma ülesandeid vaba elukutse esindajatena, on neil eristaatus, mis sisaldab rangeid eeskirju, mis piiravad muu tegevusega tegelemist. [27] Notaritasud on seaduses sätestatud, aga klientidel on notarite valikul suur valikuvabadus, tingimusel et selles tööpiirkonnas, kus notaritoimingut vajatakse, on ametisse nimetatud rohkem kui üks notar. Seega on notarite vahel vaba konkurents, kuigi nad ei konkureeri hinna alusel, vaid teenuse kvaliteedi alusel.

33. Austria notari tegevusala reguleerivad üldjoontes 25. juuli 1871. aasta seadustik ja 11. novembri 1970. aasta seadus ning tsiviilkohtumenetluse seadustiku erinevad artiklid.

34. Austrias koosneb notariaat riigi poolt eluks ajaks ametisse nimetatud ametnikest, kelle ülesanded seisnevad muu hulgas dokumentide tõestamises, mis annab dokumentidele erilise tõendusjõu ja täitmisele pööratavuse. [28]

25 – Suurhertsogi 7. oktoobri 2000. aasta määrus.

26 – Uue tsiviilkohtumenetluse seadustiku artikkel 310 jj.

27 – Eespool viidatud 9. detsembri 1976. aasta seaduse artikkel 6.

28 – Tsiviilkohtumenetluse seadustiku artikkel 292 ja 25. juuli 1871. aasta seaduse artikkel 3 (*RGBl.* 75/1871).

35. Nagu tunnistas Austria Vabariik oma kostja vastuses, on õigsuse tõestamine selle riigi notariaadi tüüpiline ja esimene ülesanne. See on ülesanne, mida täidetakse poole taotlusel, kuigi mõnel juhul on see dokumendi koostamiseks ja sellele täieliku õigusmõju andmiseks kohustuslik. Notar kontrollib talle tõestamiseks esitatud dokumendi seaduslikkust ja selgitab pooltele nende õigusi ja kohustusi ning toimingu õigusmõju ning tuvastab samas, kas pooltel on täielik õigus- ja teovõime.

36. Kui notar on dokumendi kinnitanud, võib ta pooli esindada ja erijuhtudel pooli kohtus ja ametiasutustes kaitsta. [29] Notarid tegutsevad sellel tegevusalal iseseisvalt ja tulunduslikult.

37. Notariaalaktidel on eriline tõendusjõud, kuigi piiratud juhtudel on võimalik seda vaidlustada. [30]

38. Tõestamise järel saavad notariaalaktid täitedokumentideks, mis kuuluvad vahetult täitmisele asjaomase isiku nõudmisel selle ülesande eest vastutavates riigiorganites: ringkonnakohtutes. [31] Selleks ei ole vaja võlgniku nõusolekut ega deklaratiivset kohtuotsust. Täitemenetluse peale saab siiski edasi kaevata, seda reguleerivad spetsiaalsed kõnealuse menetluse alased aktid. [32]

39. Austria valitsus tõendas, et lisaks tõestamisfunktsioonidele teevad notarid ka teisi toiminguid. Nii täidab notar talle seadusega antud *Gerichtskommissär*'i ülesannet, mille raames ta osutab abi ja osaleb teatavates kohtumenetlustes, näiteks seoses pärimisega. *Gerichtskommissär*'i ülesannetes täidab notar volitusi, mille hulgas on kohtu korraldustega samaväärsete korralduste andmine.

40. Notar on föderaalse justiitsministri otsusega ametisse nimetatud ametnik, kes on kohustatud täitma avaliku teenistuse ülesandeid. Ta tegutseb oma tegevusalal siiski vaba elukutse esindajana. Notarid täidavad oma ülesandeid täiesti sõltumatult ja neil on eristaatus. Notaritasud on seaduses

29 – Eespool viidatud seaduse artikkel 5.

30 – Tsiviilkohtumenetluse seadustiku artikkel 292.

31 – *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht.* Vt 27. mai 1896. aasta *RGBl.* 79/1896 punkt 17 jj.

32 – Eespool viidatud 27. mai 1986. aasta seaduse punktid 35–37.

sätestatud, aga klientidel on notarite valikul suur valikuvabadus. Seega valitseb notarite vahel konkurents, mis ei toimi hinnapoliitika, vaid teenuse kvaliteedi alusel.

e) Saksa õigus

41. Saksamaal reguleerivad notari tegevust 24. veebruari 1961. aasta seadus ning tsiviilkohtumenetluse seadustiku erinevad sätted.

42. Saksamaal moodustavad notariaadi sõltumatud ametiisikud, kelle peamine ülesanne on juriidiliste dokumentide tõestamine. [33] Notari toimingu järel on notariaalakt täitmisele pööratav ja sellel on eriline tõendusjõud. [34] Notarifunktsioon moodustab osa niinimetatud õiguse ennetavast rakendamisest. [35]

43. Õigsuse tõestamine ongi notariameti kõige olulisem ja iseloomulikum tegevus. Selleks kontrollib notar kokkuleppeid sõlmida soovivate poolte eraõiguslike dokumentide seaduslikkust ja veendub, et pooled avaldavad oma tahet täie õigus- ja teovõimega. [36] Kui seaduses ettenähtud tingimused on täidetud, on notar kohustatud tõestamistoimingu läbi viima. [37] Oma toimingu käigus nõustab notar pooli ja teavitab neid nende õigustest ja kohustustest, samuti dokumendi tõestamisega kaasnevast õigusmõjust. [38] Kuigi notar toimib poole taotlusel ja mitte omal algatusel, näeb Saksa õiguskord ette ulatusliku loendi tehingutest, mis peavad täieliku õigusmõju saamiseks olema notariaalselt vormistatud. [39]

44. Notariaalakt on kehtiv ja sellel on eriline tõendusjõud, kuigi selle suhtes saab esitada vastuväite seaduses sätestatud tingimustel [40] ja olenevalt notariaalse kinnituse esemest, olgu tegemist kolmandate isikute avaldustega, notari enda avaldustega või faktiliste asjaoludega.

45. Notariaalakt on täitmisele pööratav ja täitevasutused peavad selle vahetult täitmisele pöörama, ilma et selleks oleks vaja võlgniku nõusolekut, kuigi akt peab olema võlgnikule

33 – 24. veebruari 1961. aasta seaduse § 1 ja § 20 lõige 1 (*BGBl.* I, lk 97).

34 – Tsiviilkohtumenetluse seadustiku § 415, § 794 lõike 1 punkt 5 ja § 797 lõige 2.

35 – Saksa keeles vastavalt eespool viidatud 24. veebruari 1961. aasta seaduse §-le 1 „vorsorgende Rechtspflege".

36 – Eespool viidatud 24. veebruari 1961. aasta seaduse § 14 lõige 2.

37 – Eespool viidatud 24. veebruari 1961. aasta seaduse § 15 lõige 1.

38 – Eespool viidatud 24. veebruari 1961. aasta seaduse § 14 lõike 1 punkt 2.

39 – Vt mh kinkelubaduste (Saksa tsiviilseadustiku (edaspidi „*BGB*") § 518), abieluvaralepingute (*BGB* § 1408) või pärandist loobumise (*BGB* § 2346) juhud.

40 – Tsiviilkohtumenetluse seadustiku § 415 lõige 2.

kätte toimetatud. See eeldab, et võlgnik võtab akti koostamise ja tõestamise hetkel kohustuse seda akti täita. [41] Akti täitmisele pöörama on ainupädevad seaduses sätestatud ametivõimud, kelle hulka notar ei kuulu. [42] Täitmise käigus vastuvõetud otsuste peale, millel on seos notariaalakti sisuga, võib kaevata kohtusse. [43]

46. Saksamaa valitsus tõendas, et notarid teevad lisaks tõestamisfunktsioonidele ka teisi toiminguid, aga väga vähesel määral, võrreldes eespool nimetatud ülesandega. Nii täidab notar dokumentide legaliseerimisega, volituste andmisega ja vande all antud avalduste tõendamisega seotud ülesandeid.

47. Saksa notar on liidumaa poolt ametisse nimetatud avalik-õigusliku ameti kandja, kes täidab oma ülesandeid riigi nimel. [44] Kuigi tegevus ei ole äriline, tegutseb notar vabakutselisena, välja arvatud Baden-Württembergis. [45] Ülejäänud liidumaades ja olenevalt piirkonnast tegutseb notar ainult oma kutsealal või ühitatult advokaadi kutsealaga. Notaritel on eristaatus, mis tagab sõltumatuse, samal ajal kui notaritasud on sätestatud seaduses. [46] Sellegipoolest on kliendil konkreetsel territooriumil notari valimisel suur valikuvabadus. [47] Seega on teatud piirkonnas tegutsevate notarite vahel konkurents, ehkki mitte hinnapoliitika alusel, vaid teenuse kvaliteedi alusel.

f) Kreeka õigus

48. Kreeka notariametit reguleerib sisuliselt seadus 2830/2000.

49. Kreeka notar on avalik-õigusliku ameti kandja, kelle ülesanne on põhiliselt dokumentide tõestamine, mis annab dokumentidele tõendusjõu ja muudab need täitmisele pööratavaks. [48]

41 – Tsiviilkohtumenetluse seadustiku § 794 lõike 1 punkt 5.

42 – Pädevad on eri ametivõimud, nende hulgas kohtutäiturid (Gerichtsvollzieher), täitmiskohtud (Vollstreckungsgericht), kohtuvaidlusi arutavad kohtud (Prozessgericht) või kinnistusamet (Grundbuchamt).

43 – Tsiviilkohtumenetluse seadustiku § 732 ja § 797 lõige 3.

44 – Eespool viidatud 24. veebruari 1961. aasta seaduse artikkel 1.

45 – Sel juhul on notar avalikus teenistuses töötav ametnik.

46 – Eespool viidatud 24. veebruari 1961. aasta seaduse artikkel 17.

47 – Eespool viidatud 24. veebruari 1961. aasta seaduse artiklid 10a ja 11.

48 – Seaduse 2830/2000 artikli 1 lõige 1.

50. Notar tõestab dokumente, mille pooled talle vabatahtlikult esitavad, kuigi teatud juhtudel võib dokumentide notariaalne tõestamine olla kohustuslik. [49] Notar nõustab pooli ja teavitab neid nende õigustest ja kohustustest ning osutab oma teenuseid täiesti sõltumatult.

51. Notariaalaktidel on eriline tõendusjõud ning need on tõendid, millele võib tugineda kõikide vastu. [50] Notariaalse akti sisu võib vaidlustada vaid erakorralistel põhjustel.

52. Tulenevalt notariaalakti täitmisele pööratavusest võib taotleda akti sundtäitmist otse täitmise eest vastutavalt pädevalt ametiasutuselt. Sundtäitmisaktide vastu võib siiski esitada hagi, ehkki lisamenetluses ja kindlaksmääratud asjaoludel. [51]

53. Kreeka valitsus tõendas, et notarid teevad lisaks tõestamisfunktsioonidele ka teisi toiminguid, aga väga vähesel määral, võrreldes eespool nimetatud ülesandega. Nii täidab notar muu hulgas ülesandeid, mis on seotud kinnisvara müügiga täitemenetlustes, pankroti-, eestkoste- või pärimismenetlustes, pärandvara nimekirja koostamisega ning jagamata vara jagamisega.

54. Notar on avalik-õigusliku ameti kandja, kes osutab teenuseid sõltumatult ja saab tasu otse kliendilt. Kuigi tema teenuste hind on seaduses sätestatud, on kliendil notari valimisel siiski teatud valikuvabadus.

55. Seega valitseb notarite vahel konkurents, mis ei toimi hinnapoliitika, vaid teenuse kvaliteedi alusel.

g) Kokkuvõte

56. Espool öeldu kokkuvõtteks võib õigustatult järeldada, et kuus kostjaks olevat riiki on omaks võtnud ja välja arendanud ühise notarikutse mudeli, eriti tõestamise ja selle hilisemate õiguslike tagajärgede alal: tõendusjõud ja täitmisele pööratavus. Samuti tuleb kõikides kostjaks olevates liikmesriikides esile, et on olemas notari eristaatus, mis on avaliku teenistuse ja vaba elukutse vahevorm, mille suhtes kehtivad õigused ja kohustused, mis muudavad notariaadi ametiks, milles teostatakse omamoodi majandustegevust. See esmane kokkulangevus võimaldabki anda käesolevatele liikmesriigi kohustuste rikkumise hagidele ühise argumenteeritud vastuse.

49 – See on nii nt äriühingute asutamisega, kinkelepingutega *inter vivos* või kinnisasjade omandiõiguse üleminekuga.

50 – Eespool viidatud seaduse 2830/2000 artikkel 438.

51 – Eespool viidatud seaduse 2830/2000 artikkel 933 jj.

2. Konkreetselt hagide esemeks olevad siseriiklike õigusnormide sätted: kodakondsustingimused

57. Olles välja toonud notariametit reguleeriva põhilise õigusliku raamistiku, tuleks esitada sätted, mille vastu komisjon käesolevas menetluses hagi esitas ja mille eesmärk on piirata notariaadis tegutsema hakkamise õigust ainult asjaomase riigi kodanikega.

a) Belgia õigus

58. Loi du 25 Ventôse de l'an XI (muudetud 4. mai 1999. aasta seadusega) artikli 35 lõige 3 sätestab Belgias notariametis tegutsema hakkamiseks kodakondsustingimuse. See on sõnastatud järgmiselt:

„Selleks et isikut saaks nimetada notarikandidaadiks, peab asjaomane isik: 1. olema Belgia kodanik […]."

b) Prantsuse õigus

59. 5. juuli 1973. aasta dekreedi (muudetud 20. juuni 1989. aasta dekreediga 89-399) artikkel 3, mis sisaldab kodakondsustingimust, sätestab Prantsusmaal notariametis tegutsema hakkamise tingimused järgmiselt:

„Notariks võib saada ainult isik, kes vastab järgmistele nõuetele: 1. […] olema Prantsuse kodanik."

c) Luksemburgi õigus

60. Notariaadi korraldust käsitleva 9. detsembri 1976. aasta seaduse artikkel 15 näeb Luksemburgis notariametis tegutsema hakkamiseks ette kodakondsustingimuse. See on sõnastatud järgmiselt:

„Notari ülesannetes tööle asumiseks peab: a) olema Luksemburgi kodanik […]."

d) Austria õigus

61. Notariaadikorra (*RGBl.* nr 75/1871, muudatused *BGBl.* nr 164/2005) § 6 lõike 1 punkt a näeb Austrias notariametis tegutsema hakkamiseks ette kodakondsustingimuse järgmiselt:

„Selleks et pidada notari ametit, peab kandidaadil a) olema Austria kodakondsus […]."

e) Saksa õigus

62. Liitvabariigi notariaadi seadustiku (muudetud 26. märtsi 2007. aasta seaduse §-ga 3) §-s 5 on sätestatud Saksamaal notariametis tegutsema hakkamiseks kodakondsustingimus. See on sõnastatud järgmiselt:

„Notari ametit võivad pidada ainult Saksa kodakondsusega residendid, kes täidavad nõuded kohtuniku ametis töötamiseks, mis on sätestatud föderaalseaduses kohtunike staatuse kohta."

f) Kreeka õigus

63. Juba viidatud seaduse 2830/2000 artikli 19 lõige 1 näeb Kreekas notariametis tegutsema hakkamiseks ette järgmises sõnastuses kodakondsustingimuse:

„Notariks nimetatakse isikud, kellel on Kreeka kodakondsus […]."

III. Poolte nõuded

64. Komisjon, keda toetab Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik, palub siin liidetud kohtuasjades Euroopa Kohtul:

– tuvastada, et kuna Belgia Kuningriik, Prantsuse Vabariik, Luksemburgi Suurhertsogiriik, Austria Vabariik, Saksamaa Liitvabariik ja Kreeka Vabariik näevad notariameti pidamise õiguse ette ainult oma riigi kodakondsusega isikutele, on need liikmesriigid rikkunud EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi;

– tuvastada, et kuna Belgia Kuningriik, Prantsuse Vabariik, Luksemburgi Suurhertsogiriik, Austria Vabariik, Saksamaa Liitvabariik ja Kreeka Vabariik ei kohalda notari kutseala suhtes direktiivi 2005/36 kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta, on need liikmesriigid rikkunud kõnealusest direktiivist tulenevaid kohustusi;

– mõista kohtukulud välja Belgia Kuningriigilt, Prantsuse Vabariigilt, Luksemburgi Suurhertsogiriigilt, Austria Vabariigilt, Saksamaa Liitvabariigilt ja Kreeka Vabariigilt.

65. Kostjaks olevad riigid, keda toetavad Leedu Vabariik, Rumeenia, Bulgaaria Vabariik, Poola Vabariik, Sloveenia Vabariik, Tšehhi Vabariik, Slovaki Vabariik, Ungari Vabariik ja Läti Vabariik, paluvad omakorda Euroopa Kohtul:

jätta hagi põhjendamatuse tõttu rahuldamata, kuna EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu väidetavat rikkumist ei ole toimunud, ning mõista kohtukulud välja komisjonilt;

lisaks ja eespool nimetatu suhtes esmajärjekorras esitab Saksamaa Liitvabariik vastuvõetamatuse vastuväite, et komisjon viitas kohtueelses menetluses direktiivile 89/48, aga heidab nüüd oma hagiavalduses ette direktiivi 2005/36 (millega asendati eelmine direktiiv) rikkumist.

IV. Vastuvõetavus

66. Kohtuasjas C-54/08 esitab kostjaks olev Saksamaa Liitvabariik, keda toetavad Sloveenia ja Läti, vastuvõetamatuse vastuväite õigusnormide tõttu, millele komisjon tugineb. Saksamaa arvates heitis komisjon talle käesoleva liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi kohtueelses etapis ette direktiivi 89/48 rikkumist, kuid nüüd, kohtumenetluse etapis, heidab talle ette direktiivi 2005/36 (millega asendati varasem õigusakt) rikkumist.

67. Selle vastuväitega ei saa nõustuda.

68. Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on kohtueelse menetluse nõuetekohasus oluline tagatis, mille asutamisleping on ette näinud mitte üksnes asjaomase liikmesriigi õiguste kaitseks, vaid ka tagamaks, et võimaliku kohtumenetluse esemeks oleks selgelt piiritletud vaidlus. Ainult nõuetekohase kohtueelse menetluse alusel saab Euroopa Kohus võistleva menetluse käigus otsustada, kas liikmesriik on tõepoolest rikkunud konkreetseid kohustusi, nagu komisjon väidab. [52]

69. Seda arvestades on Euroopa Kohus korranud, et kuigi hagiavalduses sisalduvad nõuded ei saa põhimõtteliselt ulatuda kaugemale rikkumistest, mida on mainitud põhjendatud arvamuse resolutiivosas ja märgukirjas, on olukorras, kus eelneva haldusmenetluse

52 – 11. juuli 1995. aasta määrus kohtuasjas C-266/94: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 1995, lk I-1975, punktid 17 ja 18).

käigus ühenduse õigust muudetakse, „komisjonil siiski õigus nõuda, et tuvastataks selliste kohustuste rikkumine, mis tulenevad hiljem muudetud või kehtetuks tunnistatud ühenduse õigusakti esialgsest versioonist ning mis on uude ühenduse õigusakti üle võetud.” [53]

V. Sisulised küsimused

A. *Kohustuste rikkumise hagi esimene väide*

70. Nagu aga komisjon märkis, ilmneb kõnealuste sätete võrdlevast analüüsist, et direktiiv 2005/36 üksnes kinnitas ja kodifitseeris direktiivi 89/48 sätteid. Seega on enamik liikmesriikidele direktiiviga 89/48 pandud kohustusi direktiivi 2005/36 alusel jätkuvalt kohaldatavad.

71. Sellest tulenevalt tuleb hagi vastu võtta, lükates Saksamaa esitatud vastuvõetamatuse vastuväite tagasi, kuna selles viidatakse direktiivist 2005/36 tulenevatele kohustustele, mida kohaldati juba kehtetuks tunnistatud direktiivi alusel.

72. Kohustuste rikkumise hagi esimeses väites palub komisjon Euroopa Kohtul tuvastada, et kuna kostjaks olevad liikmesriigid on andnud notariameti pidamise õiguse ainult ja eranditult oma riigi kodanikele, on nad rikkunud EÜ artiklit 43 ja EÜ artikli 45 esimest lõiku.

73. Liikmesriigid esitavad seevastu mõlemast sättest tulenevast õigusnormist teistsuguse arusaama, mis põhineb peamiselt teises nimetatud sättes negatiivselt väljendatud normi kohaldamisala kindlaksmääramisel, see tähendab, et nad tõlgendavad erinevalt lõiku „tegevuse puhul, mis […] on kas või ajutiselt seotud avaliku võimu teostamisega”.

74. Õigupoolest ja väga elementaarselt väljendatult: kui komisjoni jaoks on EÜ artikli 45 esimene lõik sisuliselt „sunni” mõistega piirduv säte, siis liikmesriigid pooldavad selle oluliselt laiemat tõlgendust, mõistes, et see õigusnorm hõlmab igal kujul otsuseid, millel on eriline mõju, mis erineb eraõiguslike aktide mõjust.

53 – Vt mh 9. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-365/97: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 1999, lk I-7773, punkt 36) ja 5. juuni 2003. aasta otsus kohtuasjas C-145/01: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2003, lk I-5581, punkt 17).

1. Kolm sissejuhatavat üldmärkust

75. Kõigepealt tuleb arvestada kolme üldist kaalutlust. Üks EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tuleneva eeskirja struktuuri kohta; teine EÜ artikli 45 esimese lõigu mõtte või, kui soovite, ülesehituse kohta; kolmas proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamise kohta.

a) Õigusnorm, mille rikkumist komisjon riikidele ette heidab: EÜ artikkel 43 ja EÜ artikli 45 esimene lõik

76. Nagu märgitud, heidab komisjon ette tervikliku õigusnormi rikkumist, mis tuleneb EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust, mis määrab asutamisvabaduse kohaldamisala. Kõigepealt pean vajalikuks kommenteerida selle õigusnormi rikkumise eripära, mille moodustavad kaks asutamislepingu sätet kokku.

77. Nimelt moodustavad EÜ artikkel 43 ja EÜ artikli 45 esimene lõik ühe normatiivse terviku ühe reegli (asutamisvabadus) ja ühe erandi (avaliku võimu teostamisega seotud tegevus) põhjal, mis määratlevad nii selle kohaldamisala. Nende kahe reegli koostoimest tuleneb õigusnorm, mis on käesoleva kohtuasja lahendamiseks määrav. Seega ei ole tegemist lihtsalt reegli (EÜ artikkel 43) kohaldamisel tehtava *erandiga* (EÜ artikli 45 esimene lõik), vaid erineva reegliga, mis määrab asutamisvabaduse kohaldamisala sellistel tegevusaladel tegutsemiseks, mis *ei ole* seotud avaliku võimu teostamises osalemisega. Selline on asutamislepinguga tagatud konkreetse vabaduse kohaldamisala, ja nii tuleb mõista komisjoni teguviisi, kui ta tuvastas EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu rikkumise.

78. See ongi ühelt poolt määrav erinevus, mis eristab EÜ artikli 45 kahte lõiku funktsionaalselt. Esimene, nagu nägime, hõlmab otseselt ja lõplikult *(täielikult),* ehkki negatiivis, vabaduse kohaldamisala, kuna selles sätestatakse, et artiklist on vahetult välja jäetud („ei kohaldata") avaliku võimu teostamisega seotud tegevus. Teine lõik seevastu annab lihtsalt võimaluse kehtestada teiseses õiguses asutamislepingus sätestatud vabaduse kohaldamisala suhtes täiendavaid piiranguid, nagu tuleneb artiklist 43 koostoimes artikli 45 esimese lõiguga. See üldine võimalus teha vabaduse kohaldamisalast konkreetset erandit jääb käesolevate liikmesriigi kohustuste rikkumise hagidest välja, eriti kuna seda võimalust ei ole seni kasutatud. Selle erandi vastandatus

esimeses lõigus sätestatule võimaldab siiski mõista ja selgitada selle erandi funktsiooni ja ulatust.

79. Seega tuleb rõhutada, et EÜ artikkel 43 ei kuuluta välja vabadust, asutamisvabadust, millest *tehakse seejärel* EÜ artikli 45 esimeses lõigus erand. Teisisõnu ei ole tegemist erandiga reegli kohaldamisest, vaid erandiga, mis kujutab endast reeglit, mis määrab asutamislepingus vabaduse kohaldamisala. Liikmesriikide kohustus on seega tagada tegelik asutamisvabadus majanduslikel tegevusaladel, mis ei ole isegi mitte ajutiselt seotud avaliku võimu teostamisega. Ma nimetan EÜ artikli 45 esimese lõiguga kindlaksmääratud EÜ artikli 43 ulatust siin edaspidi „asutamisvabaduse negatiivseks kohaldamisalaks".

b) Probleem EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduse tõlgendamisel

80. Teine sissejuhatav üldmärkus on juba sisuline. Tegelikult on kohe alguses selge, et EÜ artikli 45 esimene lõik majandusliku „tegevuse" kohta, mis on „seotud avaliku võimu teostamisega", viitab *võõrkehale* tänapäevase avaliku võimu nähtuses. Tänapäeva poliitilisele maailmale iseloomuliku avaliku ja eravaldkonna või teisisõnu riigi ja ühiskonna eraldamise tulemusel ei ole tänapäeval enam põhimõtteliselt ühtegi avaliku võimu teostamises osalevat tegevusala, mis jääksid välja kolmest võimust, mida loetakse avaliku võimu väljenduseks. Erastatud (või riigistamata) majandustegevus, mis on olemuselt siiski avaliku võimu teostamine, on seega asutamislepingu ülesehituses midagi suhteliselt *ootamatut*. Ometi just seda ongi mõeldud praeguses ELTL artiklis 51, endises EÜ artiklis 45, ja niimoodi alates EMÜ asutamislepingu esimesest versioonist 1957. aastal. Samasugust sätet sisaldavad pealegi ja jätkuvalt ka Euroopa Vabakaubanduse Assotsiatsiooni lepingu artiklid 23 ja 27.

81. Näib loomulik eeldada, et nimetatud sätte pideval olemasolul kogu esmase õiguse arengu jooksul peab olema mingi otstarve, see peab väljendama teatud aluspõhimõtet.[54] Ja ainus loogiline seletus on, et liikmesriigid

54 – Vt Tomuschat, Chr., „Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt", väljaandes *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 27 (1967), lk 53 jj.

aluslepingute autoritena ja vahest omaenda õiguskultuuri ja -traditsiooni põhjal on pööranud tähelepanu asjaolule, et vähemalt paljudes riikides nägid nende vastavad õiguskorrad ette teatavad tegevusalad, mis olid seotud avaliku võimu teostamisega, mida aga sellegipoolest ei teostanud riigiorganid, vaid mis toimusid hoopis majandustegevuse vormis või millega tegelemine oli usaldatud ettevõtjatele. Lähenemisviis, mille abil jõuaks järeldusele, et *meile ei meenu* olemasolevate hulgas tegevusala, mida saaks selliseks pidada, seaks mõistagi kõnealuse tõlgenduse paikapidavuse kahtluse alla.

c) Proportsionaalsuse põhimõtte kohaldamine

82. Teine asi on, et võiksime mõista, et EÜ artikli 45 esimene lõik annab õiguse riikidele viia läbi avaliku võimu määramatu või üldine erastamine (omamoodi üleminek, *devolution*), mis annaks sellele „majandustegevuse" mõtte. Ma ei arva, et käesolevas asjas on sellega tegu. Vastupidi, EÜ artikli 45 esimest lõiku ei tule näha niivõrd tulevikusättena, kuivõrd *minevikus*ättena. Tõenäoliselt kõige õigem arusaam EÜ artikli 45 esimesest lõigust on, et asutamislepingus taheti asutamisvabadusest välja jätta teatav majandustegevus, mille ese on erandlikult teatav seos riigi avaliku võimuga. Loomulikult jätab asutamisleping liikmesriikidele täie vabaduse seda liiki majanduslikud tegevusalad säilitada või lõpetada. Seda arvestades sätestab asutamisleping juhuks, kui riigid need tegevusalad säilitavad, otse nende väljajätmise asutamisvabadusest. Selles mõttes võiks seda sätet võrrelda vabatahtliku *stand-still* klausliga.

83. Käesoleva menetluse käigus kinnitasid liikmesriigid, et EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamisel ei saa kontrollida proportsionaalsust. Selle väitega kinnitavad kostjad ja menetlusse astujad, et kui EÜ artikli 45 esimese lõigu nõuded on täidetud, ei saa teha mingit kaalumist, mis võimaldaks seda õigusnormi kohaldada järk-järgult. Just see järkjärgulisus ongi proportsionaalsuse põhimõtte funktsioon, kui kohaldatakse erandit vabadustest, sest seda vahendit tuleb kasutada selleks, et kindlaks määrata, mil määral on vabaduse piirang vajalik avaliku korra, julgeoleku ja rahvatervise huvides õigustatud

eesmärkide saavutamiseks.[55] Käesolevas menetluses kostjaks olevad riigid väidavad üksmeelselt, et EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamist ei saa kontrollida proportsionaalsuse põhimõtte seisukohast, vaid et tegemist on niinimetatud binaarse juhuga: seda kas kohaldatakse või ei kohaldata, aga selles ei jäeta tõlgendajale mingit kaalutlusruumi.

84. Õigupoolest iga kord, kui Euroopa Kohtule esitatakse küsimus EÜ artikli 45 esimese lõigu tõlgendamise kohta, on analüüs piirdunud selgitamisega, kas tegevusala on otseselt ja konkreetselt seotud avaliku võimu teostamisega. Nagu edaspidi selgitatakse, on sellegipoolest vaja rõhutada, et seni ei ole Euroopa Kohtul kunagi vaja olnud minna kaugemale analüüsi esimesest etapist, mida nõuab EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamine, ning ta on alati võinud ainult selle sätte esmase analüüsi põhjal tuvastada, et asjaomane tegevusala ei ole seotud avaliku võimu teostamisega. Teisisõnu on juhud, kui Euroopa Kohus on pidanud EÜ artikli 45 esimese lõigu tõlgendamise suhtes seisukohta avaldama, olnud võimalik lahendada, ilma et oleks vaja arutada üksikasjalikult „avaliku võimu" kategooria kontseptuaalset ülesehitust.[56] Vastupidisel juhul, jaatava vastuse korral, peab Euroopa Kohus oma arutluskäiku põhjalikumalt selgitama. Viimasel juhul seisneb tõlgendamine selles, et tegevuse avaliku võimu teostamises osalemise määra arvestades tuleb kindlaks määrata, kas küsitavusi tekitav riigi meede on EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu eesmärkide saavutamiseks vajalik.

85. Seega tuleb järeldada, et EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu suhtes saab proportsionaalsust kontrollida.

86. Kõnealuste sätete puhul eeldab proportsionaalsuse kontrollimine vajaduse korral samasugust kontrolli, mida Euroopa Kohus on teinud oma kohtupraktikas,[57] milles kaalutakse ühelt poolt võetud meetme piiravat mõju ja teiselt poolt seda, mil määral osaleb arutamisel olev tegevus avaliku võimu teostamises. Mida otsesem või vahetum see osalemine on, seda laiem on EÜ artikli 45 esimeses lõigus osutatud meetmete valik. Mida kaudsem on seos, seda vähem on meetmeid selle sätte alusel võimalik õigustada nii arvult kui ka intensiivsuselt.

55 – EÜ artikli 46 lõige 1. Seda sätet on Euroopa Kohus tõlgendanud, kohaldades proportsionaalsuse kontrolli igal üksikjuhul eraldi, nagu nähtub ulatuslikust kohtupraktikast. Vt kõige uuematest 12. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-196/04: Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (EKL 2006, lk I-7995, punkt 61 jj) ja 3. oktoobri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-452/04: Fidium Finanz (EKL 2006, lk I-9521, punkt 46). Vt selle põhimõtte ja selle rolli kohta kaalumisnormina vabaduste raames Tridimas, T., *The General Principles of EU Law,* 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, lk 193 jj, ja Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo,* Giuffrè Editore, Milano, 1998, lk 103 jj.

56 – Vt mh Henssler, M. ja Filian, M., „Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG", *Europarecht,* 2005, lk 192 jj.

57 – Vt joonealuses märkuses nr 55 viidatud kohtupraktika.

2. Avaliku võimu teostamisega seotud tegevus

a) Euroopa Kohtu praktika

87. EÜ artiklit 43 ja EÜ artikli 45 esimest lõiku käsitleva kohtupraktika praeguse seisu uurimisel ilmneb esiteks, et Euroopa Kohus on korduvalt rõhutanud vajadust tõlgendada neid kitsalt. Juba alates 1974. aasta kohtuasjast Reyners [58] näidati, et kohtupraktikas piiritletakse selle sätte kohaldamisala väga kitsalt. Selle lähenemisviisi tõenduseks on asjaolu, et pärast üle poole sajandi pikkust kohtupraktikat ja 15 kohtuotsust ei ole Euroopa Kohus veel tuvastanud, et teatud tegevusala kuulub EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu alla.

88. Teiseks on kohtupraktikas täpsustatud, et „tegevus" ei ole „kutseala" sünonüüm. Seega ei eelda asjaolu, et tegevus kujutab endast osalemist avaliku võimu teostamises, iseenesest, et EÜ artiklit 43 ja EÜ artikli 45 esimest lõiku kohaldatakse kõikide ülejäänud tegevuste suhtes, millel kõnealusel kutsealal töötav isik tegutseb. Selle arutluskäigu tulemusel on Euroopa Kohus väitnud, et EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu ulatust ja kohaldatavust võib piirata kogu kutseala suhtes ainult sel juhul, kui avaliku võimu tegevusega seotud tegevus on ülejäänud tegevustest lahutamatu. Nagu Euroopa Kohus tuvastas viidatud kohtuotsuses Reyners, ei ole võimalik otsustada terve kutseala üle, „kui iseseisva kutseala raames on avaliku võimu teostamisega seotud ülesanded lahutatavad kutsealasest tegevusest kui tervikust". [59]

89. Kolmandaks on Euroopa Kohus täpsustanud kohtuasjas Reyners, et EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamisalasse kuulub vaid „selline tegevus, mis on otseselt ja eriomaselt seotud avaliku võimu teostamisega", [60] ilma et liikmesriigid saaksid võtta selle suhtes vastu ühepoolseid sätteid, mis laiendaksid või vähendaksid selle tingimusi. [61]

90. Lõpuks neljanda ja viimase elemendina, mis väärib rõhutamist meie kohtupraktikas, tuuakse välja vajadus analüüsida eriülesandeid, mida täidetakse konkreetse tegevuse raames, hinnates neid tihedas seoses konkreetse juhu asjaoludega, mis sunnivad

58 – 21. juuni 1974. aasta otsus kohtuasjas 2/74 (EKL 1974, lk 631).

59 – Eespool viidatud kohtuotsus, punkt 47.

60 – Eespool viidatud kohtuotsus, punkt 45.

61 – 15. märtsi 1988. aasta otsus kohtuasjas 147/86: komisjon *vs.* Kreeka (EKL 1988, lk 1637, punkt 8).

Euroopa Kohut põhjalikumalt analüüsima siseriikliku õiguse küsimusi, mida ei ole alati kerge lahendada. Nii sai alates kohtuotsusest Reyners selgeks, et tingimusi, mis peavad olema täidetud EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamiseks, tuleb „hinnata iga liikmesriigi puhul eraldi, võttes arvesse selle kutseala korraldust ja sellel tegutsemist reguleerivaid siseriiklikke sätteid”.[62] Selle omaduse tõttu on kohtupraktika juhtumipõhine, vähe väljenduslik ja piirdunud iga tegevuse eripäraga. Nimelt ei ole praegu ühtegi kohtuotsust, milles Euroopa Kohus oleks täpsustanud väljendite „otse” või „konkreetne” või „avalik võim” tähendust.

91. Arvestades selle kohtupraktika praktilist tulemust, võib täheldada, nagu ma juba märkisin, et Euroopa Kohtu seni tehtud kohtuotsustes ei ole jõutud järeldusele, et tegevus osaleb otseselt ja konkreetselt avaliku võimu teostamises.[63] Advokaadi kutseala,[64] õpetamine või eraõiguslike õppeasutuste juhtimine,[65] arvutisüsteemide juhtimine avalik-õiguslike asutuste jaoks,[66] kindlustusaudiitorid,[67] sõidukite tehniline ülevaatus,[68] kihlvedude ja loteriide müük,[69] eraturvateenused,[70] avalikud päästeteenused,[71] mahepõllundustoodete kontrolliasutused[72] – kõik need tegevusalad on läbinud Euroopa Kohtu kontrolli ja kõikidel juhtudel on välistatud võimalus, et need on avaliku võimu teostamisega seotud tegevusalad EÜ artikli 45 esimese lõigu mõistes.[73]

62 – Eespool viidatud kohtuotsus, punkt 49.

63 – Saksamaa Liitvabariik leiab, et Euroopa Kohus jõudis 5. oktoobri 1994. aasta otsuses kohtuasjas C-55/93: Van Schaik (EKL 1994, lk I-4837) järeldusele, et majandustegevus osales avaliku võimu teostamises. Kõnealuses kohtuotsuses tuvastati konkreetselt punktis 16, et liikmesriigi poolt ülevaatusloa andmine teistes liikmesriikides asutatud autotöökodadele tähendab avaliku võimu eelisõiguse laiendamist riigi territooriumilt väljapoole. Euroopa Kohus jõudis järeldusele, et avaliku võimu teostamises osaleb lubade väljastamise õigus, mitte lubatud majandustegevus.

64 – Eespool viidatud kohtuotsus Reyners.

65 – Eespool viidatud kohtuotsus komisjon *vs.* Kreeka.

66 – 5. detsembri 1989. aasta otsus kohtuasjas C-3/88: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 1989, lk 4035).

67 – 13. juuli 1993. aasta otsus kohtuasjas C-42/92: Thijssen (EKL 1993, lk I-4047).

68 – 22. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-438/08: komisjon *vs.* Portugal (kohtulahendite kogumikus veel avaldamata) ja eespool viidatud kohtuotsus Van Schaik.

69 – 26. aprilli 1994. aasta otsus kohtuasjas C-272/91: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 1994, lk I-1409).

70 – 29. oktoobri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-114/97: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 1998, lk I-6717); 9. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas C-355/98: komisjon *vs.* Belgia (EKL 2000, lk I-1221); 31. mai 2001. aasta otsus kohtuasjas C-283/99: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2001, lk I-4363) ja 13. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-465/05: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2007, lk I-11091).

71 – 29. aprilli 2010. aasta otsus kohtuasjas C-160/08: komisjon *vs.* Saksamaa (kohtulahendite kogumikus veel avaldamata).

72 – 29. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-404/05: komisjon *vs.* Saksamaa (EKL 2007, lk I-10239) ja 29. novembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-393/05: komisjon *vs.* Austria (EKL 2007, lk I-10195).

73 – Mis ei tähenda siiski, et Euroopa Kohus oleks vaikinud EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamisalasse kuuluvate võimalike tegevusalade suhtes, nagu eespool viidatud kohtuasjas Van Schaik, või ka nende suhtes, mis võivad kuuluda töötajate vaba liikumist käsitleva EÜ artikli 39 lõike 4 alla, kus on mh nimetatud ka tegevusalasid, mis võivad teoreetiliselt osaleda avaliku võimu teostamises, nagu politsei ja ametlike dokumentide tõestamiseks volitatud isikud, 30. septembri 2003. aasta otsuses kohtuasjas C-405/01: Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (EKL 2003, lk I-10391).

b) Avaliku võimu mõiste põhjaliku analüüsi vajadus

92. Nagu just märgitud, leidub kohtupraktikas ainult üksikuid elemente, mis selgitaksid siin käsitletud sättes kasutatud „avaliku võimu" olemust või omadusi. Avaliku võimu määratlemisel EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses [74] tuleb paratamatult lähtuda avaliku võimu idee teatud *eelarusaamast* kui riigiteooria üldisest kategooriast, millesse liit kui riikide ühendus tingimata kontseptuaalselt kuulub. [75]

93. Selles mõistes on „avalik võim" eelkõige „võim", see tähendab õigust kehtestada käitumist sellise tahte alusel, millele ei ole võimalik vastu hakata. Vastavalt üldtunnustatud arusaamale on see õigus selle ülimas väljenduses ainult riigil, see tähendab institutsioonil, mis kehastab õiguskorda kui õiguspärase võimu valitsemise ja korraldamise vahendit. [76] Avalik võim on seega suveräänse valitseja võim, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. See tähendab, et riigis ei ole teist õiguspärast võimu kui see, mida avalik võim kasutab. Ja seda nii riigi olemasolu ja selle eesmärkide saavutamise huvides (üldistes huvides) kui ka teatavate isikute õiguspäraste ootuste teenistuses teiste isikute suhtes (erahuvides). Sellel viimasel juhul toimib võim alati eelnevalt kehtestatud tingimusi järgides. [77]

95. Esimene kriteerium avaliku võimu ja eraõigusliku sfääri vahel piiri määramiseks on kahtlemata riigi poolt monopoliseeritud ja kasutatud võimu eesmärk. Nimelt peab avalik võim taotlema nende üldiste eesmärkide saavutamist, mis on poliitilise võimu poolt omaksvõetud konkreetse riigivormi (Euroopas üldiselt sotsiaalne ja demokraatlik õigusriik) õiguspärasuse aluseks. Eraõiguslikud

74 – Artikli eri keeleversioonides kasutatakse vahet tegemata kahte terminit, mis võivad teoreetiliselt olla teatavate nüanssidega, nagu on „ametivõim" (autoridad pública) ja „avalik võim" (poder público). Nt räägitakse „ametivõimust" prantsuskeelses („l'exercice de l'autorité publique"), ingliskeelses („the exercise of official authority"), portugalikeelses („exercício da autoridade pública"), rumeeniakeelses („exercitării autorității publice") ja maltakeelses („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika") versioonis; ning hispaaniakeelses („ejercicio del poder público"), saksakeelses („Ausübung öffentlicher Gewalt"), itaaliakeelses („esercizio dei pubblici poteri") ja rootsikeelses („utövandet av offentlig makt") versioonis eelistatakse väljendit „avalik võim".

75 – Kuigi selle mõiste määratluses peab viimane sõna jääma liidu õigusele, nõustutakse üldiselt, et Euroopa Kohus kui selle õiguse kõrgeim tõlgendaja piiritleb oma käsituses selle määratlust ikkagi, lähtudes kõnealuse kategooria eri määratlustest siseriiklikus õiguses. Vt mh Schlag, M., „Art. 45", *EU-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2009.

76 – Vt ulatusliku bibliograafia hulgast Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962.

77 – Mõistagi ei arvestata siin juhtusid, kus jõu on monopoliseerinud teine riik, kes eksisteerib koos esimese riigiga, respekteerides vastavaid suveräänsuse piirkondi, mis on piiritletud rahvusvahelise õigusega.

isikud aga võivad enda individuaalse autonoomia teostamisel tegutseda oma erahuvides. Ja nad võivad seda teha, kasutades vajadusel ja õiguskorras kehtestatud tingimustel avaliku võimu hallatavat võimu, mis esindab sel eesmärgil põhimõtteliselt erahuvide teenistuses olevat vahendit.

96. Seda arvestades on kõige traditsioonilisemalt avaliku võimu identifitseerimisel kasutatav kriteerium see, mis puudutab avaliku võimu suutlikkust kehtestada ühepoolselt oma tahet, see tähendab ilma kohustatud subjekti nõusoleku vajaduseta. Seevastu võib isik oma tahte teha teisele isikule vastuvõetavaks ainult viimase nõusolekul.

97. Asjad ei ole siiski nii lihtsad, kui tegemist on demokraatliku riigiga, nagu on meie puhul alati. Sellistel juhtudel on nõusolek alati mingil viisil ja kokkuvõttes vajalik. Teisest küljest tuleb pidada suhteliseks väidet, et avaliku võimu tahe kehtib vaieldamatult. Ja seda seetõttu, et õigusriigi seisukohast, mis on ka liidu põhiolemus, on igasugune avaliku võimu toiming vaidlustatav. Tegelikkuses on demokraatliku riigi suveräänne võim sellest perspektiivist pigem autoriteet (*auctoritas*) kui puhas käsuvõim (*imperium*).[78] See tähendab võimu alamate enda tahtel teostatavat valitsemisvõimu, mis tagatakse pigem võimutahte algupärase õiguspärasusega kui puhta füüsilise sunni ähvardusega.[79]

98. See eeldab sellest seisukohast vaadates, et kõnealune kontseptsioon ei ole absoluutne, vaid suhteline, mis võib seega esineda teatud astmes.[80] Mida kergem on teatud käitumist kehtestada, seda lähedasem on tegevus avalikule võimule, aga alati on välistatud absoluutse ja vaieldamatu võimu kehtestamine.

99. Kõikidel nendel põhjustel viib eesmärgi kriteeriumist (üldine huvi/erahuvi) või jõuga tagatud kohustuse kehtestamise kriteeriumist (ühepoolne/kahepoolne) lähtumine paratamatult üsna ebakindlale pinnale. Siin takerdume tõepoolest erakordselt ebatäpsetesse

78 – Tegelikult on suveräänsus teadagi omadus, mis on riigi atribuut ja millele ei saa pretendeerida ükski riigiorgan, millel, nagu liikmesriigil endalgi, ei ole muud alust kui põhiseadus: „Ei ole rohkem riiki, kui see, mis on asutatud põhiseadusega", „es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert" (Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 6. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2009, lk 187, korrates R. Smend'i ja A. Arndt'i mõtet). Põhiseaduslikus riigis, nagu öeldud, ei ole ainuvalitsejat, sest suveräänsus on riigi omadus tervikuna, Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg, 1975.

79 – Õiguspärasele alusele, millele lisandub selle teostamisest tulenev õiguspärasus vastavalt menetluste loogikale. Vt selle kohta Luhmann, N., *„Legitimation durch Verfahren"*, Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1969.

80 – Vt selle kohta nt eespool viidatud Chr. Tomuschat, lk 69.

mõistetesse, mis sõltuvad sellistena suhtelise suuruste suvast ega ole seetõttu vähimalgi määral objektiivsed. Mõistagi lähtutakse operatiivsetest kriteeriumidest, kui on tegu vaieldamatute avaliku võimu teostamise juhtudega, nagu see on sellistel tegevusaladel, mis on kõige otsesemalt seotud suveräänsuse eelisõiguste kasutamisega (sõjavägi, politsei, kohtud, valitsus). Aga nendest ei piisa selleks, et välja selgitada, kuidas tuleb kvalifitseerida teisi avalik-õiguslikke tegevusalasid, mis on vähem seotud sunni teostamisega ja ometi eraõiguslikust tegevusest kvalitatiivselt erinevad.

100. Tehes veel ühe sammu selles arutluskäigus, tuleb kaasaegset riiki käsitleda varasemate vormidega võrreldes palju keerukama võimukorraldusena. Varasemad vormid piirdusid füüsilise sunni haldamisega, kasutades selle teostamise tingimuste määratlemiseks äärmiselt lihtsustatud menetlusi. Seega on tänapäeval selleks, et mõista avaliku võimu nähtust selle täies keerukuses, vaja paratamatult käsitada avaliku võimu mõistet lähtuvalt selle õiguskorra loogikast, milles kõnealune võim toimib.

101. Selles mõtteliinis esindab õiguskord õiguspärase võimu teostamise korraldamise protsessi, mis võib teatud juhtudel päädida kõnealuse jõu rakendamisega konkreetsel juhul. Sellest tulenevalt ei tohiks olla probleemi tunnistada, et akte, mille see õiguskord lõpuks vastu võtab (seal, kus õiguspärase võimu protsess lõpeb aktiga, mis lõpetab selle protsessi, muutes selle lõplikuks), tuleb pidada õiguskorra kõige viimistletumaks väljenduseks. [81]

102. Vastavalt sellele lähenemisviisile oleks sel juhul akti kvalifitseerimisel avalikust võimust tulenevaks aktiks määrav kriteerium see, mis laadi seos on sellel riigi õiguskorraga. Täpsemalt tuleks tegevuse olemust näha sellisena, et see väljendab osalemist avaliku võimu teostamises selle kõnealuses õiguskorras osalemise (selle *kuuluvus*astme*)* kriteeriumist lähtudes. Kriteeriumiks ei oleks seega üksnes akti kooskõla kõnealuse korraga, vaid see, kas ta on kõnealuse õiguskorra lahutamatu osa. [82]

81 – Õiguskorra mõiste kui esimese positiivse normiga seostatavate aktide jada osas, mis väljendab suveräänset võimu, vt nt Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Deuticke, Wien, 1960.

82 – Siit tulenevalt ei ole selleks, et välja selgitada, kas teatav tegevus osaleb avaliku võimu teostamises, vaja seda tegevust seostada ühega kolmest riigivõimust ja/või -funktsioonist, see tähendab seadusandliku, täitev- või kohtuvõimuga, eriti selle viimasega, nagu võis näha käesolevas menetluses esitatud argumentidest.

103. Selles mõttes võib kohtuid vaadelda avaliku võimu kõige iseloomulikuma väljendusena. Nimelt kohtute otsustega mõistetakse lõplikult õigust ja selles mõttes on õiguskord lahutamatu nendest kohtuotsustest.[83] Aga samal põhjusel võib öelda, et avalik võim on see, kelle aktid võivad saavutada sama staatuse, ilma et oleks vaja *iurisdictio*'t. Alustuseks on seadus iseenesest täitmisele pööratav, nagu seda on ka haldusakt või täitevvõimu korraldus. Alati on tegemist aktidega ja sätetega, mida saab kohtulikult vaidlustada, aga mis igal juhul ei vaja *luba,* selleks et vahetult õigusmõju avaldada.

104. Öeldu põhjal on selge, et ükski isik ei saa koostada kolmandale isikule kohustuslikke õiguslikke akte ilma avaliku võimu sekkumiseta. Kuna jõu kasutamine üksikisikute poolt on välistatud, nõuab nende oma õiguse teostamine alati avalikku luba. Avalik võim ei piirdu nendel juhtudel sellise akti *läbivaatamisega*, millel on iseenesest kolmanda isiku suhtes siduv õigusmõju, nagu see on administratsiooni, valitsuse või seadusandliku võimu aktidega. Vastupidi, nendel juhtudel *kehtestab* avalik võim alati selle kohustuse, mida isik kavatseb kolmandale isikule panna. Sel juhul on tegemist kohustustega, mis võisid tekkida vastastikuste tahete koostoimest (leping/tahtevabaduse põhimõte), aga isik ei saa nõuda nende kohustuste täitmist ilma avaliku sekkumiseta.

105. Seega ja eelneva järeldusena tuleb väita teatud üldistusega, mida kohtuasi nõuab, et tunnuste hulgas, mis iseloomustavad avalikku võimu erinevates siseriiklikes traditsioonides, tuleb arvestada seda, mis väljendub selle võimes omistada akti, sätet või käitumist riigi tahtele ametliku õiguskorra kaudu. Nimelt see on minimaalne ühine nimetaja – selles ühtivad kõik need traditsioonid –, milles on avaliku võimu ja isikute vahele eraldusjoone seadmise määravaks kriteeriumiks konkreetse tahte omistatavus üldisele riigi tahtele.

106. Esitatud põhjendused peavad võimaldama käsitleda notari tegevusega seoses tõstatatud keskset küsimust suurema kindlusega.

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

3. Notari tegevuse ja konkreetselt tõestamistoimingu kuuluvus asutamisvabaduse negatiivsesse kohaldamisalasse

107. Siiski on asjakohane teha mõned sissejuhatavad märkused. Küsimust, kas notari tegevus kuulub asutamisvabaduse „negatiivsesse kohaldamisalasse", nagu ma seda siin nimetan, mitte ainult ei ole Euroopa Kohtu praktikas lahendatud – praegu asjatu öeldagi –, vaid sellele eelneb intensiivne ja ulatuslik arutelu, mis on leidnud suurt vastukaja nii kirjalikes märkustes kui ka pikal kohtuistungil käesoleva aasta 27. aprillil. Kohtupraktika sisaldab kindlasti mõningaid lõike, mida võib pidada jaatava vastuse kasuks rääkivaks.[84] Aga mingil juhul ei saa öelda, et Euroopa Kohtul on olnud võimalus käsitleda seda küsimust tingimata vajaliku põhjalikkusega.

a) Tõestamine kui notarite keskne tegevus kostjaks olevates riikides

108. Euroopa Parlamendi eri ajal esitatud seisukohad[85] näitavad omakorda selgelt, et arutelu on olnud intensiivne ja ulatuslik. Sama võib öelda juba osundatud direktiivi 2005/36 põhjenduse 41 kohta, olenemata selle suuremast või väiksemast mitmetähenduslikkusest, mille juurde tulen edaspidi tagasi. Igal juhul on selge, et ükski nendest avaldustest ei ole võimeline asendama Euroopa Kohut ega teda vabastama tema ülesandest öelda viimane sõna aluslepingute tõlgendamisel.

109. Kuidas sellega ka ei oleks, tuleb alustuseks meenutada, et nii riigid kui ka komisjon tunnistavad, et notari tegevuse tuumaks on tõestamistoimingute tegemise õigus ja tõestamisega kaasnevad õigusmõjud: täitmisele pööratavus ja tõendusjõud. Mõned liikmesriigid, nagu Belgia ja Austria, rõhutasid teatud kõrvalülesandeid, mida täidab notariaat nende õiguskorras ja mis kajastavad avaliku võimu elemente. Kõik pooled, kaasa arvatud

84 – Juba viidatud kohtuasjas Colegio de Oficiales de la Marina Mercante kinnitas Euroopa Kohus juhul, kus oli tegemist siiski EÜ artikli 39 lõikega 4, et „Hispaania õigus annab […] volitused notariaalküsimustes ja perekonnaseisu alal, mida ei saa tuletada üksnes laeva juhtimise vajadustest. Sellised ülesanded kujutavad endast osalemist avaliku võimu volituste teostamises lipuriigi üldiste huvide kaitse eesmärgil" (punkt 42).

85 – Vt Euroopa Parlamendi 18. jaanuari 1994. aasta ja 23. märtsi 2006. aasta resolutsioonid, milles rõhutatakse, et notari kutseala osaleb otseselt ja konkreetselt avaliku võimu teostamises. 2006. aasta resolutsioonis märgiti sõnaselgelt, et parlament „on seisukohal, et tsiviilõiguse notari kutsealale tuleb täielikult kohaldada asutamislepingu artiklit 45", ja võttis selle väite aluseks asjaolu, et „riigi volituste osaline delegeerimine on tsiviilõiguse notarite ametitegevusega kaasnev omapära ning arvestades, et seda kasutatakse praegu korrapäraselt ja see moodustab suure osa tsiviilõiguse notari ametitegevusest".

komisjon, on siiski ühel meelel, et tõestamine koos selle õigusmõjuga on seda ametit määratlev eriomane tegevus, ilma milleta ei oleks sellel ametil mõtet.

110. Samuti, kui kuus kohustuste rikkumise hagi saadi käesoleva ettepaneku tegemiseks ühendada, siis seda tegelikult sellepärast, et on võimalik rääkida „notari tegevusest" tingimustel, mida kohaldatakse nende kõikide suhtes. See tähendab, et kuue riigi puhul saab rääkida kesksest „tõestamise" tegevusest, millel on vastavates õiguskordades üldiselt ühesugune õigusmõju. Loomulikult kuulub liikmesriikide suveräänsuse alla selle olukorra muutmine, kas siis seetõttu, et riik hakkab omaenda ametiasutuste kaudu neid ülesandeid täitma otse, või siis sellepärast, et ta nõrgendab radikaalselt notari sekkumise tagajärgi „avalikele" dokumentidele. Esimese näiteks on Portugal kuni notariameti muutmise protsessi alguseni või Baden-Württemberg; teise näiteks võiks oletuslikult olla sama Portugali juhtum viimasel kümnendil toimunud muutuste protsessi sügavuse poolest.[86] Ühesõnaga tuleb vastus probleemile, mille tõstatavad käesolevad hagid, leida selliste teatavate kutsetegevuste kvalifitseerimise abil, nagu need on praegu reguleeritud asjaomastes riikides. Iga muudatus selles regulatsioonis võib mõistagi mõjutada vastust, mille annab Euroopa Kohus.

111. Siinkohal on samuti oluline märkida vastavalt kohtuotsusele Reyners ja eespool rõhutatu alusel, et seda, mida ma nimetan asutamisvabaduse negatiivseks kohaldamisalaks, võib rakendada terve kutseala suhtes ainult siis, kui „iseseisva kutseala raames on avaliku võimu teostamisega seotud ülesanded [lahutamatud] kutsealasest tegevusest kui tervikust".[87] Seega tuleb paratamatult nõustuda liikmesriikide ja komisjoniga selles, et tõestamine, nagu ka selle õigusmõju, moodustavad notari tegevusest tervikuna lahutamatu elemendi. Seega kui leiab kinnitust, et notari tegevus eeldab otsest ja eriomast

86 – Vt konkreetselt Portugali notariaadi kohta minu ettepanek kohtuasjas C-52/08: komisjon *vs.* Portugal, mille ma esitasin käesoleva ettepanekuga samal päeval.

87 – Eespool viidatud kohtuotsus, punkt 47.

osalemist avaliku võimu teostamises, siis kuuluks see tegevus tervikuna EÜ artikli 45 esimeses lõigus sätestatud juhu alla.

112. Kuues kostjaks olevas riigis on notari ülesanne peamiselt koostada ametlikke dokumente, mille kaks põhiomadust on täielik tõendusjõud ja täitmisele pööratavus. [88] Arvestades kirjeldust, mis kehtib suures osas kõikides nendes riikides, ja tuletades meelde kirjeldust, mille ma esitasin käesoleva ettepaneku alguses, tuleb öelda, et tõestamistoimingu tegemisel toimib notar poole palvel ja kontrollib tõestatava dokumendi seaduslikkust. Notari sekkumine võib olla kohustuslik või vabatahtlik, olenevalt tõestatavast dokumendist, ning selles tuvastatakse, et on täidetud kõik akti koostamiseks seadusega nõutavad tingimused, samuti poolte õigus- ja teovõime. [89]

113. Notari koostatud dokumendid on täieliku tõendusjõuga, mis on samaväärne ametlike dokumentide tõestamiseks volitatud isiku antud tõendusjõuga, mille suhtes võib vastupidist taotleda ainult kohtus. See tähendab, et notari antud hinnangu peale saab kohtusse kaevata, aga ainult erakorralise õiguskaitsevahendi kaudu. [90]

114. Samuti on notariaalakt täitmisele pööratav kogu riigi territooriumil. Sellise notariaalakti puhul ei ole vaja võlgniku nõusolekut akti täitmisele pööramiseks (kuigi see peab küll olema võlgnikule kättetoimetatud), ning akti täitmine on otseselt ametivõimu kohus. Kui võlgnik on täitmise vastu, võib ta täitmise suhtes algatada kohtus vahemenetluse. [91]

b) Tõestamistoimingu seostamine avaliku võimu teostamisega

115. Vastus küsimusele, mis on kahtlemata käesolevates liikmesriigi kohustuste rikkumise hagides tõstatatud põhiküsimus, tuleneb peaaegu loomulikult eespool esitatud põhjendustest avaliku võimu määratlemise kriteeriumide kohta. Kui tänapäeva riigi üks kõige iseloomulikumaid elemente on tõepoolest selle seos õiguskorraga, siis teatava tegevuse võime mõjutada õiguskorra ülesehitust aitab otsustavalt kaasa selles olukorras vastuse kindlaksmääramisele.

116. Tuletan meelde mõnda kõnealustest põhjendustest, et riigi tahe leiab lõpliku väljenduse kohtuotsustes, mis võib olla ette

88 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 13, 20, 27, 34, 42 ja 49.
89 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 14, 21, 28, 35, 36, 43 ja 50.
90 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 15, 22, 29, 37, 44 ja 51.
91 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 16, 23, 30, 38, 45 ja 52.

määratud dokumentide abil, mis on nende andjatest olenevalt suuremal või vähemal määral vahetult täitmisele pööratavad. Samuti nägime, kuidas just see vahetu täitmisele pööratavus ongi kõige kindlam avaliku võimu identifitseerimise kriteerium. Mõistagi on alati võimalik iga täitmiskavatsust juriidiliselt vaidlustada ja sel juhul on taas kohus see, kes lahendab küsimuse lõplikult. Õigupoolest võib see kohtule omane lepitav funktsioon toimuda konkreetse kohtuvaidluse lahendamise ajal, eriti seoses vastandatud eraõiguslike nõuetega (tüüpiliselt nõuded, mis lähtuvad isikute õigustest teiste isikute vastu tsiviilõiguslikes suhetes).

117. Siinses asjas on eriti tähtis nimelt see, et teatavas siseriiklikus õiguskorras võidakse otsustada ka nii-öelda konflikti ennetamise kasuks (ja seega konflikti vältida). Seda tehakse eelkõige eraõiguslike isikute teatavate toimingute ja klauslite avalikuks kvalifitseerimise teel (õigusliku tõendusjõuga ja selle juurde kuuluva täitmisele pööratavusega), millel vastasel korral iseenesest ei oleks suuremat juriidilist väärtust kui eraõiguslike isikute toimingutel. Niisuguse avaliku sekkumisega isikute toimingutesse annab avalik võim neile kindluse ja selguse, muutes nii õigussuhted sujuvaks. Sellest olenemata on selge, et kohtu sekkumise võimalus ei ole kunagi välistatud, kui kõigele vaatamata konflikt siiski tekib. [92] Teataval määral kohatult, aga ilmse väljendusjõuga on seda notariaalsele tõestamisele tüüpiliselt omast ennetavat lepitamisfunktsiooni hakatud nimetama „õiguse ennetavaks rakendamiseks".

118. Teisisõnu teostavad notarid käesoleva ettepaneku punktides 92 ja 105 määratletud kontseptuaalses kontekstis tõestamistoimingu abil otseselt ja eriomaselt avaliku võimu tegevust selles mõttes, et nad annavad isikutele eelnevalt loa teostada oma õigust, mida vastasel korral tuleks nõuda igal üksikjuhul eraldi. Notari sekkumise järel ei ole enam vaja nõuda teise avaliku võimu esindaja sekkumist juhul, kui tahetakse tugineda notari poolt tõestatud asjaoludele, ja annab seega tõestatud aktile kvalifitseeritud avaliku juriidilise väärtuse, mida saab vaidlustada juba ainult kohtus (sarnaselt sellele, mis kehtib mis tahes avaliku võimu akti puhul). Mõistagi ei ole avaliku võimu määrav omadus kaitse kohtuliku kontrolli eest – mis pealegi on õigusriigis võimatu –, vaid tema enda aktide õiguspärasuse

92 – Vt selle aspekti kohta Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

kõrgendatud eeldus ja järelikult selle õigus-pärasuse kontrollimiseks vajalike tingimuste teatav rangus.

119. On ilmne, et notar ei kasuta sundi ega kehtesta ühepoolselt mingeid kohustusi. Aga nagu nägime, ei ole see avaliku võimu kvalifitseerimise ainus määrav kriteerium. Tõestamine annab eraõiguslikele aktidele avaliku olemuse selles mõttes, et see annab neile juba ette õigusliku väärtuse, mida isikud oleksid õigusele vastavalt akti tõhusaks muutmiseks pidanud tingimata taotlema (teiselt) avaliku võimu esindajalt, kui notar ei oleks sekkunud. Tegemist on, kui soovite, avaliku võimuga, mis toimib juba isikutele lähedasemal tasandil, mis on eranditult tahtevabaduse tasand. Aga selle avalik mõõde on vaieldamatu, kui arvestada selle võimet muuta üksnes eraõiguslik akt avalikuks ja anda sellele sel viisil avalikule võimule omane jõud. [93]

120. Sellegipoolest, arvestades notari tegevuse väiksemat seotust avaliku võimu teostamisega kitsamas tähenduses (suveräänse võimu õigustest lähtudes), võib vajaduse korral notari tegevuse suhtes kehtestada selle teostamisel vähem rangeid tingimusi kui avaliku võimu suveräänsuse väljendusse rohkem kaasatud ametiasutuste suhtes.

121. Järelikult ja kuna tõestamine vastab sellele ülesandele, leian, et see on tegevus, mis osaleb otseselt ja konkreetselt avaliku võimu teostamises, kuna see annab aktidele, tingimustele ja toimingutele oma kvalifikatsiooni, millel ei oleks teisiti suuremat juriidilist väärtust kui eraõiguslikul tahteavaldusel. Kohaldades käesolevale ettepanekule Reynersi kohtupraktikat ja kuna tõestamine on notarite ülesande lahutamatu tuum kõikides kostjaks olevates riikides, tuleb väita, et notar osaleb üldiselt ja tervikuna otseselt ning konkreetselt avaliku võimu teostamises.

122. Leian, et ainult see järeldus iseenesest ei võimalda siiski käesolevate liikmesriigi kohustuste rikkumise hagide esimesele väitele vastata.

93 – Selles mõttes võivad minu teesi kinnitada mõned sümboolsed iseärasused, mille tõid välja mõned liikmesriigid. Nt asjaolu, et mõnes riigis saavad notarid enda kätte hoiule ja kasutavad riigipitsatit. Samuti väljendab notarite avalikku ülesannet mõnel juhul, nt Prantsusmaal, dokumendile pandav klausel akti täitmise tagamise kohta: „En conséquence, la République mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis de mettre les présentes à exécution. Aux Procureurs Généraux de la République près des Tribunaux de Grande instante d'y tenir main. A tous, Commandants et Officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis".

4. Kodakondsustingimus proportsionaalsuse põhimõtte seisukohast

123. Siiani olen analüüsinud notariameti funktsionaalset aspekti kostjaks olevates liikmesriikides. Sellegipoolest koondas komisjon oma nõude tuvastada liikmesriigi kohustuste rikkumist notarite staatuse konkreetsele aspektile: kodakondsustingimusele. Nüüd on aga vaja selgitada, kas notari kutseala arvamisega asutamisvabaduse „negatiivsesse kohaldamisalasse" kaasneb vältimatult või mitte kõnealuse tingimuse õiguspärasus. See tähendab, nagu öeldud, et on vaja kontrollida proportsionaalsust, kaaludes ühelt poolt kodakondsuse alusel diskrimineerimist ja teiselt poolt notari tegevuse seotust avaliku võimuga.

a) Notari seisund

124. Kindlasti järgitakse funktsioonides seisundit ja see seisund kinnitab notari ametitegevusele antud hinnangut. Nii on notar avalik-õigusliku ameti kandja, kes esindab riiki, kuigi tema tegevust peetakse vabaks elukutseks. Ta on ametisse nimetatud alaliselt ja tema suhtes kehtib omaette distsiplinaarkord nagu nendegi suhtes, kes töötavad avaliku võimu teenistuses. [94]

125. Notari ja riigi vahelise avalik-õigusliku suhte olemus väljendab seost avaliku võimuga eriti ilmekalt. Tegemist on seosega, mis tekib tegevuse alguses, kui nähakse ette ametikohal tegutsema hakkamise tingimused, mis on samasugused, nagu kehtivad riigiametnike suhtes ja mille puhul tuleb anda ka ametivanne. Seisund on seega notari ja riigi vahelise sideme institutsionaalse olemuse väljendus, mis järelikult võimaldab notaril ametlikult esindada riigi tahet eraõiguslikesse aktidesse sekkumise abil.

126. Kostjaks olevad riigid on kõnealuse sideme alusel kehtestanud oma õiguskordades nõude, et neil, kes soovivad notariametit pidada, peab olema vastava riigi kodakondsus. See nõue, mis kehtestab otsese diskrimineerimise kodakondsuse alusel ja moodustab ilmselgelt osa selle isiku staatusest, kes tegutseb notari ametis, on element, mis komisjoni arvates rikub EÜ artiklit 43 ja EÜ artikli 45 esimest lõiku ning mille puhul tuleb, nagu ma allpool selgitan, kontrollida proportsionaalsust.

94 – Vt käesoleva ettepaneku punktid 18, 25, 32, 40, 47 ja 54.

b) Kodakondsuse alusel diskrimineerimine EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu seisukohast

127. Nagu on käesoleva ettepaneku punktides 83–86 märgitud, ei ole EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamisel vaja mitte ainult hinnata, kas tegevus osaleb avaliku võimu teostamises, vaid seejärel ka analüüsida, kas vaidlustatud riiklik meede on nende kahe sättega taotletavate eesmärkide saavutamiseks proportsionaalsuse põhimõtte seisukohast põhjendatud.

128. Esiteks tuleb rõhutada, et vaatamata „spontaansele" arusaamale, mis on võinud tekkida, ja vaatamata kohtupraktikale, mis võib ehk viidata vastupidisele,[95] ei viita EÜ artikli 45 esimene lõik kuidagi kodakondsuse alusel diskrimineerimisele. Seega tuleb EÜ artikli 45 esimese lõigu tavapärasesse seostamisse kodakondsusnõuetega suhtuda ettevaatlikult, sest see seos tuleneb seni Euroopa Kohtus lahendatud kohtuasjadest, aga ei ole siiski nende kahe vahelise *vajaliku* seose tulemus.[96] Oluline on rõhutada, et kuigi EÜ artikli 45 esimene lõik on säte, mida ei ole alates asutamislepingu esialgsest redaktsioonist muudetud, siis asutamislepingut on küll põhjalikult muudetud. Kuigi esimene arusaam EÜ artikli 45 esimesest lõigust võis olla seotud kodakondsusega, siis aluslepingutes viimase 20 aasta jooksul tehtud muudatused ei tohi viia mõnevõrra ennatliku järelduseni, et kõnealune säte eeldab tingimata, et liikmesriikidel on õigus kehtestada ilma suurema ettevaatuseta kodakondsuse alusel diskrimineerimist.

129. Teiseks on vaevalt vaja märkida, et otsene diskrimineerimine kodakondsuse alusel ei ole mis tahes meede, mille tagajärg piirdub lihtsalt vaba liikumise takistamisega. Otse vastupidi, sellel diskrimineerimisvormil on väga eriline mõõde liidu õiguse jaoks, sest see on alustuseks kõige ilmsem riikliku protektsionismi avaldumine.[97] Liidus, mis

95 – Vt joonealustes märkustes nr 64–73 viidatud kohtupraktika.

96 – Selle tõenduseks on, et EÜ artikli 45 esimesele lõigule on tuginetud ka alalise elukoha nõuete või liikmesriigis alaliste struktuuride õigustamiseks, ehkki küll edutult, nagu juhtus eespool viidatud kohtuasjades komisjon *vs.* Saksamaa ning komisjon *vs.* Austria.

97 – Vt üldiselt Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Kluwer, La Haye, 2003, ja Rossi, M., „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV", *Europarecht,* 2000, lk 197 jj.

kuulutab välja sisepiirideta turu loomise, on kodakondsuse alusel otsese diskrimineerimise eksisteerimine põhimõtteliselt integratsiooni eitamine. Erandlikkus tuleb veelgi selgemalt välja, kui meelde tuletada, et liit võttis omaks põhiõigused, eriti võrdõiguslikkuse põhimõtte vastavalt põhiõiguste harta artiklitele 20 ja 21. [98] Seega võib õigusriigil rajanev liit, mis tagab põhiõiguste austamise, pidada küsitavaks üksnes sellist tõlgendust, mille tagajärjeks on diskrimineerimine, mis on juba iseenesest raske eksimus, aga mis lisaks ähvardab siseturu kõige elementaarsemaid põhimõtteid. Nii on see sedastatud EÜ artiklis 12, kus avaldatakse, et „on […] keelatud igasugune diskrimineerimine kodakondsuse alusel", ja nii kinnitab seda Euroopa Kohtu praktika, mis on korduvalt keelanud niisuguste meetmete kasutuselevõtu liikmesriikide poolt. Järelikult võib väita, et kõikidest liidu õiguses keelatud diskrimineerimispõhjustest on kodakondsuse alusel diskrimineerimine eriti raske eksimus. [99]

130. Seega tekib vältimatult küsimus EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tuleneva reegli erandit tegeva jõu ulatusest ülejäänud asutamislepingule ja eriti mõnele selle aluspõhimõtetest.

131. Teatavasti on kodakondsuse alusel diskrimineerimine asutamislepinguga keelatud EÜ artiklis 12. [100] Seda arvestades võiks EÜ artikli 43 kohaldamise tulemusel koostoimes EÜ artikli 45 esimese lõiguga põhimõtteliselt juhtuda, et üks riik võtab õiguspäraselt vastu füüsiliste isikute suhtes meetme, millega kaasneb sedalaadi diskrimineerimine. Teise võimalusena võiks väita, et sellisel juhul tuleb kohaldada EÜ artiklit 18, mis sätestab isikute

98 – Kohtujurist M. Poiares Maduro rõhutas oma ettepanekus kohtuasjas C-303/06: Coleman (17. juuli 2008. aasta kohtuotsus (EKL 2008, lk I-5603), et „[k]õige ilmsemalt võivad sellise inimese väärikus ja sõltumatus sattuda ohtu siis, kui inimene on oma tundliku omaduse tõttu otseselt taolise käitumise objektiks. Kellegi halvemini kohtlemine sellistel põhjustel nagu usuline veendumus, vanus, puue ja seksuaalne sättumus, kahjustab erilist ja unikaalset väärtust, mis inimestel on seetõttu, et nad on inimesed. Iga inimese võrdse väärtuse tunnustamine tähendab, et me ei tohi seda laadi kaalutlusi arvesse võtta, kui me paneme kellelegi kohustusi või võtame kelleltki ära soodustusi. Teisisõnu on need omadused, millel ei tohi olla mingit tähtsust hinnates, kas on õige või mitte kedagi halvemini kohelda" (punkt 10).

99 – Selle raskuse tõendiks on Euroopa Kohtu rohke kohtupraktika, milles on korduvalt tagasi lükatud liikmesriikide põhjendused kodakondsuse alusel diskrimineerivate õigusnormide õigustamiseks. Vt mh 20. oktoobri 1993. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-92/92 ja C-326/92: Phil Collins jt (EKL 1993, lk I-5145, punkt 33); 2. oktoobri 1997. aasta otsus kohtuasjas C-122/96: Saldanha ja MTS (EKL 1997, lk I-5325, punktid 26 ja 29); 16. jaanuari 2003. aasta otsus kohtuasjas C-388/01: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2003, lk I-721, punktid 19 ja 20); 5. juuni 2008. aasta otsus kohtuasjas C-164/07: Wood (EKL 2008, lk I-4143, punkt 13), ja 16. detsembri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-524/06: Huber (EKL 2008, lk I-9705, punktid 78 ja 79).

100 – Vt 17. mai 1994. aasta otsus kohtuasjas C-18/93: Corsica Feries (EKL 1994, lk I-1783, punkt 19); 29. veebruari 1996. aasta otsus kohtuasjas C-193/94: Skanavi ja Chryssanthakopoulos (EKL 1996, lk I-929, punkt 20); 25. juuni 1997. aasta otsus kohtuasjas C-131/96: Mora Romero (EKL 1997, lk I-3659, punkt 10); 12. mai 1998. aasta otsus kohtuasjas C-336/96: Gilly (EKL 1998, lk I-2793, punkt 37); 26. novembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-100/01: Oteiza Olazábal (EKL 2002, lk I-10981, punkt 25); 11. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-289/02: AMOK (EKL 2003, lk I-15059, punkt 25) ja 29. aprilli 2004. aasta otsus kohtuasjas C-387/01: Weigel (EKL 2004, lk I-4981, punkt 57).

vaba liikumise, kui majanduslikud vabadused ei ole kohaldatavad. Seda sätet kohaldatakse siiski, nagu teada, „kui asutamislepinguga […] kehtestatud piirangutest ja tingimustest ei tulene teisiti"; nende piirangute hulka kuulub mõistagi ka EÜ artikli 45 esimene lõik. [101]

132. Seega võib väita, et kui kodakondsuse alusel diskrimineerimine kuulub asutamisvabaduse negatiivsesse kohaldamisalasse, siis on liikmesriikidel õigus teha liidu õigusest erandit, ilma et põhimõtteliselt ükski teine aluslepingute säte lubaks meedet küsitavaks pidada.

133. See tulemus, mis seab EÜ artikli 12 sõltuvusse teistest asutamislepingu sätetest, näib mulle küsitav. Asjaolu, et EÜ artikkel 12 sõltub tingimustest, ei tähenda, et tegemist on teisese õigusnormiga, pigem vastupidi. Selle süstemaatiline asukoht asutamislepingus, nagu ka diskrimineerimiskeelu põhimõtte olulisus liidu õiguses, sunnib seda sätet mõistma pigem panoptilise õigusnormina kui teisese õigusnormina asutamislepingu teiste konkreetsemate sätete suhtes automaatselt välistatavas tähenduses. Lisaks paistab, et Euroopa Kohus on hiljuti kaldunud seda tõlgendust eelistama. [102] Seega üksnes asjaolu, et tegevusala tuleb EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu alusel lugeda kuuluvaks asutamisvabaduse negatiivsesse kohaldamisalasse, ei tähenda veel, et on välistatud süstemaatiline tõlgendamine EÜ artikli 12 seisukohast.

134. Seda tõlgendust kinnitab veelgi see, kui täheldada, et sellises kohtuasjas nagu käesolev, kus selline tegevus nagu notari oma paistab olevat seotud avaliku võimu teostamisega, on tegevuse suhtes jätkuvalt kohaldatavad teised asutamislepingu sätted. Nii on see eriti EÜ artikli 86 puhul, mis nõuab, et liikmesriigid valvaksid konkurentsieeskirjade täitmise järele nendes sektorites, kus on avaliku teenistuse kohustused. [103] Kui Euroopa

101 – Vt Rossi, M., „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV", eespool viidatud, lk 208; Epiney, A., „The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship", *European Law Journal,* 2007, lk 611 jj; Kadelbach, S., „Union Citizenship", von Bogdandy, A. ja Bast, J. teoses *Principles of European Constitutional Law,* 2. ed., Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005, lk 461.

102 – Vt 11. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas C-251/04: komisjon *vs.* Kreeka (EKL 2007, lk I-67, punkt 26) ning kohtujurist P. Mengozzi 7. septembri 2010. aasta ettepanek kohtuasjas C-383/08: Neukirchinger (Euroopa Kohtus arutamisel), eriti punktid 60–69.

103 – Vt eespool viidatud van Vormizeele, P.V., „Art. 86", Schwarze, J. teoses *EU-Kommentar*; 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, ja Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU,* Hart Publishers, Oxford, 2007.

Kohus deklareerib, et teatud tegevusala kuulub EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamisalasse, ei tähenda see tingimata, et selle tegevusala suhtes ei kehti EÜ artiklites 81 ja 82 ette nähtud konkurentsieeskirjad.[104] Sama kehtib liidu poliitikavaldkondade rakendamiseks ette nähtud õiguslike aluste puhul, mis ei takista kuidagi institutsioonidel vastu võtta määrusi või direktiive valdkondades, mis on vabaduste kohaldamisalast välja jäetud. Seda kinnitab Euroopa Kohtu praktika, mis näiteks on tuvastanud, et notari tegevus on käibemaksuga maksustatav, arvestades, et notar on maksukohustuslane, kuna ta teostab sõltumatut majandustegevust „olenemata nimetatud tegevuse eesmärgist või tulemustest".[105] Nimelt tunnistas Euroopa Kohus kohtuasjas komisjon *vs*. Madalmaad konkreetselt kaudse maksustamisega seoses, et kuigi notari tegevus on avalik-õiguslik tegevus, ei tegutse notar avalik-õigusliku asutusena, „kuna ta ei kuulu avaliku halduse korraldusse, vaid tegutseb vaba elukutse esindajana majanduslikult sõltumatult".[106]

135. Lõpuks ei vabasta asjaolu, et tegevus on seotud avaliku võimu teostamisega, liikmesriike liidu õiguse täitmisest. Seda kohustust, mis käesoleval juhul puudutab notari tegevust ja seega füüsilistest isikutest koosnevat kollektiivi, tuleb eriti arvestada, kui esineb kodakondsuse alusel diskrimineerimine. Kuna tegemist on ühelt poolt füüsiliste isikutega ja teiselt poolt kodakondsuse alusel diskrimineerimisega, tuleb käesolevas kohtuasjas probleemi tingimata käsitleda ka liidu kodakondsuse seisukohast.

136. Alates 1992. aastast nimelt on nii aluslepingud kui ka Euroopa Kohtu praktika aidanud luua isiku ja liidu vahel otsest ja arenevat kodakondsussidet.[107] Nagu teada, luuakse see seos iga liikmesriigi kodakondsuse kaudu, mis ei tähenda, et tegemist on esimest hõlmava kodakondsusega, pigem vastupidi: see on staatus, mille saab riigi kodakondsuse tulemusel, aga mis pärast loomist annab õigused ja kohustused autonoomselt, ilma et liikmesriigid saaksid vastu võtta sellega vastuolus olevaid õigusnorme. Seda autonoomiat kinnitas hiljuti Euroopa Kohus kohtu-

104 – Vt mh 21. septembri 1988. aasta otsus kohtuasjas 267/86: Van Eycke (EKL 1988, lk 4769); 4. mai 1988. aasta otsus kohtuasjas 30/87: Bodson (EKL 1988, lk 2479); 19. märtsi 1991. aasta otsus kohtuasjas C-202/88: Prantsusmaa *vs*. komisjon (EKL 1991, lk I-1223); 23. aprilli 1991. aasta otsus kohtuasjas C-41/90: Höfner ja Elser (EKL 1991, lk I-1979); 13. detsembri 1991. aasta otsus kohtuasjas C-18/88: GB-Inno-BM (EKL 1991, lk I-5941); 30. märtsi 2006. aasta otsus kohtuasjas C-451/03: Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (EKL 2006, lk I-2941); 3. juuli 2003. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-83/01 P, C-93/01 P ja C-94/01 P: Chronopost jt *vs.* Ufex jt (EKL 2003, lk I-6993), ning 1. juuli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-49/07: MOTOE (EKL 2008, lk I-4863).

105 – 26. märtsi 1987. aasta otsus kohtuasjas C-235/85: komisjon *vs.* Madalmaad (EKL 1987, lk 1471). Osundatud tekst on võetud nõukogu 17. mai 1977. aasta kuuenda direktiivi 77/388/EMÜ kumuleeruvate käibemaksudega seotud liikmesriikide õigusaktide ühtlustamise kohta – ühine käibemaksusüsteem: ühtne maksubaas (EÜT L 145, lk 1, ELT eriväljaanne 09/01, lk 54) artikli 4 lõikest 1.

106 – Eespool viidatud kohtuotsus, punkt 22.

107 – Vt teiste hulgas O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, La Haye, 1996, lk 23–30.

asjas Rottmann, väites, et liikmesriigid ei või sekkuda kodaniku ja liidu vahelisse sidemesse, jättes kodaniku põhjendamatult ilma riigi kodakondsusest. Järelikult kuulub siseriiklik meede, „mis võib tuua kaasa EÜ artiklis 17 ette nähtud staatuse ja sellega seotud õiguste kaotamise, [...] *oma olemuse* ja tagajärgede *poolest* liidu õiguse valdkonda". [108]

137. Pealegi ei esine Euroopa kodakondsus mitte ainult otsese sidemena kodaniku ja liidu vahel, vaid ka seoste kogumina kodaniku ja kõikide liikmesriikide vahel. See kodakondsuse aspekt tagab kõikidele kodanikele õiguse vabale liikumisele liidu territooriumil ning õiguse elada igas liikmesriigis. Sidemel liiduga on seega horisontaalne mõju kõikide riikide ametivõimude suhtes, kes peavad loobuma võtmast meetmeid, mis takistavad või raskendavad vaba liikumist, kaasa arvatud juhul, kui meede kehtib asjaomase riigi oma kodanike suhtes. [109] Selleks on Euroopa Kohus tugevdanud EÜ artikli 18 kohaldamisala, hakates tunnistama selle vahetut õigusmõju [110] ja kujundades seejärel välja arvestatava kohtupraktika, mis on andnud sisu liikuva kodaniku seisundile, kaasa arvatud olukordades, kus asjaomane isik ei tegutse majandustegevuses, [111] või kui meede kehtib kolmanda riigi kodanikest pereliikmete suhtes. [112]

138. Kodakondsustingimus, mis kehtib füüsiliste isikute suhtes ja mis kehtestatakse asutamisvabaduse negatiivse kohaldamisala väidetava katte all, tuleb kohe kvalifitseerida meetmeks, mis mõjutab kodakondsuse staatust. Ja seda seetõttu, et meetmes kasutatakse Euroopa kodakondsusega seotuse põhjust – nimelt liikmesriigi kodakondsust – põhjenduseks, et takistada juurdepääsu tegevusaladele, mis osalevad avaliku võimu teostamises EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses. Seda arvestades võivad aluslepingud lubada ainult väga kindlatel asjaoludel – mis, nagu hiljem näeme, käesolevas asjas ei esine –, et Euroopa kodakondsust kujutav põhjus toimib

108 – 2. märtsi 2010. aasta otsus kohtuasjas C-135/08 (kohtulahendite kogumikus veel avaldamata, punkt 42) (kohtujuristi kursiiv).

109 – Vt nt 2. oktoobri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-148/02: Garcia Avello (EKL 2003, lk I-11613); 14. oktoobri 2008. aasta otsus kohtuasjas C-353/06: Grunkin ja Paul (EKL 2008, lk I-7639) ja eespool viidatud kohtuotsus Rottmann.

110 – 17. septembri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-413/99: Baumbast ja R (EKL 2002, lk I-7091).

111 – 20. septembri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-184/99: Grzelczyk (EKL 2001, lk I-6193); 11. juuli 2002. aasta otsus kohtuasjas C-60/00: Carpenter (EKL 2002, lk I-6279); 15. märtsi 2005. aasta otsus kohtuasjas C-209/03: Bidar (EKL 2005, lk I-2119); 26. oktoobri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-192/05: Tas-Hagen ja Tas (EKL 2006, lk I-10451); 23. oktoobri 2007. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-11/06 ja C-12/06: Morgan ja Bucher (EKL 2007, lk I-9161) ja hiljutisemad 23. veebruari 2010. aasta otsused kohtuasjades C-480/08: Teixeira (kohtulahendite kogumikus veel avaldamata) ja C-310/08: Ibrahim (kohtulahendite kogumikus veel avaldamata).

112 – Vt nt eespool viidatud kohtuotsus Carpenter ja 19. oktoobri 2004. aasta otsus kohtuasjas C-200/02: Chen (EKL 2004, lk I-9925).

liidu kodakondsusega tihedalt seotud õigusest erandi tegemise põhjusena. Riigiülese mõõtmega Euroopa kodakondsus rajaneb riikide ja isikute ühendusel, kes jagavad ühiseid väärtusi, suurt vastastikust usaldust ning solidaarsuskohustust. Kui liikmesriigi kodakondsust andes lülitatakse isik sellesse väärtuste, usalduse ja solidaarsuse ühendusse, oleks paradoksaalne, et just see kuuluvus samasse ühendusse jätab liidu kodaniku ilma asutamislepinguga tagatud õiguste ja vabaduste teostamisest.

139. Kõike öeldut arvesse võttes tuleb väita, et kodakondsuse alusel diskrimineerimine on meede, mis juba oma olemuselt kujutab endast tõsist sekkumist Euroopa kodakondsuse valdkonda, mis oleks EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu seisukohast lubatav ainult pärast ranget proportsionaalsuse kontrolli, mis eeldab, et on olemas väga mõjuvad üldise huvi põhjused.

c) Proportsionaalsuse hindamine

140. Nagu on eespool märgitud, tuleb lõpuks EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tuleneva reegli suhtes proportsionaalsuse kontrolli kohaldades arvestada, mil määral kõnealune tegevus osaleb avaliku võimu teostamises. Käesoleval juhul, ja nagu märkisin käesoleva ettepaneku punktides 115–121, on notari tegevus seotud avaliku võimu teostamisega EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses, aga nagu tuleneb juba selle enda ülesehitusest majandustegevusena, osaleb see tegevus avaliku võimu teostamises vähemal määral kui teised tegevused, mis näiteks eeldavad avalik-õiguslike volituste otsest teostamist. Seega on liikmesriikidel õigus võtta nende arvates asjakohaseid meetmeid väljaspool kõnealuseid vabadusi, aga mis peavad alati olema proportsionaalsed taotletavate eesmärkide ja esemega. Arvestades riikide argumente, siis kuigi on kindel, et notariametit ümbritsevad tagatised ja eripära, mis toovad esile selle olulisuse eraõiguslike õigussuhete jaoks, on samuti kindel, et ükski kõnealustest eripäradest ei õigusta seda, et selle kutseala liikmete seisund sisaldab nii ranget ja äärmuslikku meedet, nagu siin käsitletud otsene diskrimineerimine kodakondsuse alusel.

141. Kostjaks olevad riigid tuginesid konkreetselt ja selle põhjendamiseks sellele, kui oluline on vanne, mille notarid annavad enne ametisse astumist. Riikide sõnul väljendab see vande andmine tihedat sidet notari ja riigi vahel, kes annab notarile avaliku võimu; sidet,

mis väljendab isiku lojaalsust konkreetsele poliitilisele ühendusele ja mis käesoleval juhul avaldub kodakondsusnõudena. Kostjaks olevad riigid on korduvalt rõhutanud selle sideme tähtsust ja konkreetselt Luksemburgi puhul seostatakse kodakondsustingimust suurhertsogiriigi põhiseadusliku identiteedi kaitsega notariametis töötamise puhul.

142. Siiski ei saa lojaalsuse mõistet kui poliitilise ühenduse ees kohustuse võtmist ja sellega solidaarsuse avaldust pidada siiski liikmesriikide kui selliste ainuõiguslikuks ja välistavaks eritunnuseks, nii et see nõuab vältimatult kodakondsuse sidet. Vastupidi, Euroopa kodanikule kui sellisele ei ole liidule lojaalsuse kohustus võõras. Eeldus, et liikmesriigi kodanikul ei ole võimalust väljendada õiguspärast teisele liikmesriigile lojaalsuse kohustust, kui ta ei ole enne omaks võtnud selle riigi vastavat kodakondsust, tähendaks pidada märkimisväärselt küsitavaks nii EÜ artikleid 17 ja 18 kui ka aluslepingutest, samuti Euroopa Liidu põhiõiguste hartast tulenevaid kodakondsusega seotud poliitilisi õigusi.

143. Liidu poolt vastuvõetud kohtuliku koostöö vahendid tsiviil- ja kriminaalasjades, eelkõige määruses (EÜ) nr 44/2001 [113] ettenähtu, kinnitavad viimati nimetatud ideed. Notar teostab oma toiminguga avalik-õiguslikku tegevust, mille õigusmõju tunnistatakse automaatselt kõikides liidu riikides. Suur usaldus, nagu ka ühised väärtused ja põhimõtted, millel liit rajaneb, teeb notarist mitte ainult riigi, vaid ka liidu teenistuja. See võimu delegeerimine, mis toimib liidus, kajastab keerukamat lojaalsuskohustust kui see, mis on lihtsalt kodaniku ja tema riigi vahel. Notar kuulub niisiis sellisesse raamistikku, kus lojaalsus kehtib nii riigi suhtes, kes delegeerib võimu, kui ka liidu suhtes, kes võimu enda peale võtab, nagu ka ülejäänud liikmesriikide suhtes.

144. Euroopa integratsiooni selles etapis, kus liidu kodanikel on õigus osaleda riikide demokraatlikes otsustusprotsessides selles liikmesriigis, kus nad elavad, nagu see on kohaliku demokraatia puhul, või teha rahvaalgatusi

113 – Nõukogu 22. detsembri 2000. aasta määrus kohtualluvuse ja kohtuotsuste täitmise kohta tsiviil- ja kaubandusasjades (EÜT 2001, L 12, lk 1; ELT eriväljaanne 19/04, lk 42) ja eriti selle artikkel 57.

õigusaktidele Euroopa tasandil, ei saa lojaalsuse mõiste piirduda ainult ja tingimata oma riigi kodanikega. Kui mõista lojaalsust kohustusena kodanikku liikmesriigi ja liiduga liitvate õiguste ja kohustuste võtmisel, leian, et kõnealuse vastutuse väljendamiseks ei ole käesoleva menetluse asjaoludel vajalik ega õiguspärane nõuda kodakondsussidet liikmesriigiga.

5. Liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi esimese väite järeldus

145. Eraldi märkimist väärib igal juhul *Gerichtskommissär*'i funktsioon, mida täidavad notarid eelkõige Austrias. Kuigi on tõsi, et notar võib nende ülesannete täitmisel vastu võtta individuaalseid ja kohustuslikke otsuseid, on samuti tõsi, et tegemist on kõrvalülesandega, mis pealegi piirdub peamiselt pärimisvaldkonnaga. Samuti, nagu avaldas Austria valitsuse esindaja kohtuistungil, on *Gerichtskommissär*'ina tegutsev notar vaba elukutse esindaja, mitte ametnik, mis põhimõtteliselt näitab, et tegemist on konkurentsile avatud ametiga. Seega, ja arvestades menetluses esitatud asjaolusid, ei õigusta asjaolu, et Austria notar täidab *Gerichtskommissär*'i ülesandeid, samuti seda, et EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenev reegel hõlmaks otsest diskrimineerimist kodakondsuse alusel.

146. Kokkuvõttes on meede, mis kehtestab kodakondsustingimuse – nagu komisjoni vaidlustatud tingimus käesolevates kohtumenetlustes – ebaproportsionaalne, kuna see ei ole vajalik eesmärkide saavutamiseks, mis on seatud igas riigis, jättes notari tegevuse asutamisvabaduse kohaldamisalast välja. Järelikult, ja kuigi tegemist on tegevusega, mis on seotud avaliku võimu teostamisega ja seega kuulub asutamisvabaduse negatiivsesse kohaldamisalasse, leian, et notariametit puudutavatel konkreetsetel asjaoludel ei ole EÜ artikliga 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõiguga lubatud siseriiklik meede, mis diskrimineerib kodakondsuse alusel isikuid, kes soovivad selles ametis töötada. Eespool öeldut arvesse võttes olen seisukohal, et kuigi notari ametitegevus, nagu see toimub kostjaks olevates liikmesriikides, kuulub EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tuleneva asutamisvabaduse negatiivsesse kohaldamisalasse, ei luba see notari staatuse osana ette näha kodakondsustingimust, sest see on ebaproportsionaalne, kuna see ei ole nõutav kõnealuse tegevuse avaliku võimu teostamises osalemise intensiivsust arvestades. Seega tuleb esimene liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi väide, mis põhineb EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu rikkumisel, vastu võtta.

B. *Liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi teine väide*

147. Komisjon heidab kostjaks olevatele riikidele peale Prantsuse Vabariigi ette direktiivi 2005/36 kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta rikkumist, kuna nad ei ole oma siseriiklikes ülevõtmisnormides seda kohaldanud notari tegevuse suhtes.

148. Nagu eespool märgitud, kuulub notari kutseala EÜ artikli 43 ja EÜ artikli 45 esimese lõigu tõlgendamise tulemusel asutamisvabaduse „negatiivsesse kohaldamisalasse". Samuti rõhutasin ma juba eelmistel lehekülgedel, et seda liiki lahendus ei tähenda tingimata, et riigid ei pea täitma aluslepingutest tulenevaid kohustusi. Direktiivi 2005/36 puhul on siiski mõistlikke kahtlusi selle kohaldatavuses notari kutseala suhtes.

149. Liikmesriigi kohustuste rikkumise hagis peab komisjon tõendama, et kostjaks olev riik on liidu õiguskorda rikkunud. Nagu nähtub toimikust, tugines komisjon ainult direktiivi 2005/36 tähtaegselt ülevõtmata jätmisele, samas kui liikmesriigid ei toonud välja mitte ainult EÜ artikli 45 esimese lõigu kohaldamise, vaid ka selle, et kõnealuse direktiivi põhjenduses 41 jäetakse notari tegevus direktiivist välja.

150. Direktiivi 2005/36 põhjenduses 41 on sedastatud, et „[k]äesolev direktiiv ei piira asutamislepingu artikli 39 lõike 4 rakendamist ja asutamislepingu artikli 45 rakendamist eelkõige notarite suhtes". Vaatamata selle avalduse mitmetähenduslikkusele näib seadusandja kaudselt mõista andvat, et vastusega notari tegevuse kuuluvuse kohta EÜ artikli 45 esimese lõigu alla *kaasneb* vastus küsimusele direktiivi kohaldatavusest selle kutseala suhtes. Komisjoni menetlusstrateegiast, mis piirdus argumentidega EÜ artikli 45 esimese lõigu seisukohast, näib ilmnevat, et ta jagab viidatud põhjenduses 41 sätestatud lähenemisviisi. Arvestades minu ettepanekut, kuidas vastata esimesele küsimusele, oleks olnud vaja, et komisjon oleks esitanud argumente direktiivi laiendamise kohta notari kutsealale. Tema ainus argument, mis põhineb EÜ artikli 45 esimeses lõigus sätestatud „avaliku võimu" mõiste tõlgendamisel, lükati nimelt tagasi. Nendel asjaoludel on selge, et komisjon ei esitanud ühtegi vastuvõetavat

argumenti, mis võimaldaks nõustuda kohustuste rikkumise hagi teise väitega.

151. Järelikult leian, et kuivõrd komisjon ei tõendanud, et liikmesriigid on kohustatud täitma kõnealuses direktiivis 2005/36 notari tegevuse suhtes sisalduvaid kohustusi, ei ole teine väide põhjendatud.

VI. Kohtukulud

152. Vastavalt Euroopa Kohtu kodukorra artikli 69 lõikele 3 võib „Euroopa Kohus määrata kulude jaotuse või jätta kummagi poole kohtukulud tema enda kanda, kui osa nõudeid rahuldatakse ühe poole, osa teise poole kasuks". Kuna üks kahest liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi väitest võeti vastu, soovitan Euroopa Kohtule käesoleva menetluse kulude õiglaseks jagamiseks poolte vahel, et Euroopa Komisjon, Belgia Kuningriik, Luksemburgi Suurhertsogiriik, Austria Vabariik, Saksamaa Liitvabariik ja Kreeka Vabariik kannavad oma kulud ise.

153. Prantsuse Vabariigi vastu esitatud liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi suhtes tuleb meenutada, et kodukorra artikli 69 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna Prantsuse Vabariigi esitatud ainus väide lükati tagasi, tuleb kohtukulud temalt välja mõista, sest komisjon on seda nõudnud.

154. Vastavalt kodukorra viidatud artikli 69 lõike 4 esimesele lõigule kannavad menetluse astujana kohtuvaidluses osalenud Leedu Vabariik, Rumeenia, Bulgaaria Vabariik, Poola Vabariik, Saksamaa Liitvabariik, Sloveenia Vabariik, Austria Vabariik, Tšehhi Vabariik, Slovaki Vabariik, Ungari Vabariik, Läti Vabariik, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik ning Prantsuse Vabariik oma kohtukulud ise.

VII. Ettepanek

155. Tuginedes eelnevale, teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

kohtuasjas C-47/08:

1. Tuvastada, et kuna Belgia Kuningriik võttis sellise meetme, nagu on ette nähtud loi du 25 Ventôse de l'an XI (muudetud 4. mai 1999. aasta seadusega), artikli 35 lõikes 3, millega antakse notariameti pidamise õigus ainult Belgia kodanikele, on see liikmesriik rikkunud EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi.

2. Jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata.

3. Jätta komisjoni ja Belgia Kuningriigi kohtukulud nende endi kanda.

4. Jätta menetlusse astujate Leedu Vabariigi, Tšehhi Vabariigi, Slovaki Vabariigi, Ungari Vabariigi, Läti Vabariigi, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi ning Prantsuse Vabariigi kohtukulud nende endi kanda.

Kohtuasjas C-50/08:

1. Tuvastada, et kuna Prantsuse Vabariik võttis sellise meetme, nagu on ette nähtud 5. juuli 1973. aasta dekreedi (muudetud 20. juuni 1989. aasta dekreediga 89-399)

artikliga 3, millega antakse notariameti pidamise õigus ainult Prantsuse kodanikele, on see liikmesriik rikkunud EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi.

2. Mõista kohtukulud välja Prantsuse Vabariigilt.

3. Jätta menetlusse astujate Leedu Vabariigi, Rumeenia, Tšehhi Vabariigi, Slovaki Vabariigi, Ungari Vabariigi, Läti Vabariigi, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi ning Bulgaaria Vabariigi kohtukulud nende endi kanda.

Kohtuasjas C-51/08:

1. Tuvastada, et kuna Luksemburgi Suurhertsogiriik võttis sellise meetme, nagu on ette nähtud 9. detsembri 1976. aasta seaduse artikliga 15, millega antakse notariameti pidamise õigus ainult Luksemburgi kodanikele, on see liikmesriik rikkunud EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi.

2. Jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata.

3. Jätta komisjoni ja Luksemburgi Suurhertsogiriigi kohtukulud nende endi kanda.

4. Jätta menetlusse astujate Leedu Vabariigi, Tšehhi Vabariigi, Poola Vabariigi, Slovaki Vabariigi, Ungari Vabariigi, Läti Vabariigi, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi ning Prantsuse Vabariigi kohtukulud nende endi kanda.

Kohtuasjas C-53/08:

1. Tuvastada, et kuna Austria Vabariik võttis sellise meetme, nagu on ette nähtud notariaadikorra (*RGBl.* nr 75/1871, muudatused *BGBl.* nr 164/2005) § 6 lõike 1 punktis a, millega antakse notariameti pidamise õigus ainult Austria kodanikele, on see liikmesriik rikkunud EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi.

2. Jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata.

3. Jätta komisjoni ja Austria Vabariigi kohtukulud nende endi kanda.

4. Jätta menetlusse astujate Sloveenia Vabariigi, Leedu Vabariigi, Tšehhi Vabariigi, Poola Vabariigi, Ungari Vabariigi, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi, Slovaki Vabariigi, Läti Vabariigi, Saksamaa Liitvabariigi ja Prantsuse Vabariigi kohtukulud nende endi kanda.

Kohtuasjas C-54/08:

1. Tuvastada, et kuna Saksamaa Liitvabariik võttis sellise meetme, nagu on ette nähtud liitvabariigi notariaadi seadustiku (muudetud 26. märtsi 2007. aasta seadusega) §-s 5, millega antakse notariameti pidamise õigus ainult Saksa kodanikele, on see liikmesriik rikkunud EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi.

2. Jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata.

3. Jätta komisjoni ja Saksamaa Liitvabariigi kohtukulud nende endi kanda.

4. Jätta menetlusse astujate Sloveenia Vabariigi, Leedu Vabariigi, Tšehhi Vabariigi, Poola Vabariigi, Ungari Vabariigi, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi, Eesti Vabariigi, Slovaki Vabariigi, Austria Vabariigi, Läti Vabariigi, Bulgaaria Vabariigi ja Prantsuse Vabariigi kohtukulud nende endi kanda.

Kohtuasjas C-61/08:

1. Tuvastada, et kuna Kreeka Vabariik võttis sellise meetme, nagu on ette nähtud seaduse 2830/2000 artikli 19 lõikega 1, millega antakse notariameti pidamise õigus ainult Kreeka kodanikele, on see liikmesriik rikkunud EÜ artiklist 43 ja EÜ artikli 45 esimesest lõigust tulenevaid kohustusi.

2. Jätta hagi ülejäänud osas rahuldamata.

3. Jätta komisjoni ja Kreeka Vabariigi kohtukulud nende endi kanda.

4. Jätta menetlusse astujate Leedu Vabariigi, Sloveenia Vabariigi, Slovaki Vabariigi, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi, Tšehhi Vabariigi ja Prantsuse Vabariigi kohtukulud nende endi kanda.