PEDRO CRUZ VILLALÓN
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2010. szeptember 14.[1]

Tartalomjegyzék

I – Bevezetés ..... I - 4110

II – Jogi háttér ..... I - 4111

A – A közösségi jog ..... I - 4111

1. Az elsődleges jog ..... I - 4111

2. A másodlagos jog ..... I - 4112

B – A nemzeti jog ..... I - 4113

1. A közjegyzői szakma ..... I - 4113

a) A belga jog ..... I - 4113

b) A francia jog ..... I - 4115

c) A luxemburgi jog ..... I - 4116

d) Az osztrák jog ..... I - 4117

e) A német jog ..... I - 4119

f) A görög jog ..... I - 4120

g) Összegzés ..... I - 4121

1 – Eredeti nyelv: spanyol.

2. A keresetek fő tárgyát képező nemzeti rendelkezések: az állampolgársági kikötések ..... I - 4122

a) A belga jog ..... I - 4122

b) A francia jog ..... I - 4122

c) A luxemburgi jog ..... I - 4122

d) Az osztrák jog ..... I - 4122

e) A német jog ..... I - 4123

f) A görög jog ..... I - 4123

III – A felek kérelmei ..... I - 4123

IV – Az elfogadhatóságról ..... I - 4124

V – Az ügy érdeméről ..... I - 4125

A – A kötelezettségszegés alátámasztására felhozott első jogalapról ..... I - 4125

1. Három általános jellegű bevezető észrevétel ..... I - 4126

a) A szabály, amelyet a Bizottság álláspontja szerint a tagállamok megsértettek: az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése. ..... I - 4126

b) Az EK 45. cikk első bekezdésének értelmezési nehézségei ..... I - 4127

c) Az arányosság elvének alkalmazása ..... I - 4128

2. Részvétel a közhatalom gyakorlásában ..... I - 4130

a) A Bíróság ítélkezési gyakorlata ..... I - 4130

b) A közhatalom fogalmának részletesebb meghatározása iránti igény .. I - 4132

3. A letelepedési szabadság negatív hatálya alá tartozik-e a közjegyzői tevékenység, pontosabban a hitelesítési tevékenység? ..... I - 4136

a) A hitelesítés mint az alperes tagállamok közjegyzőinek központi tevékenysége ..... I - 4136

b) A hitelesítés mint részvétel a közhatalom gyakorlásában ..... I - 4138

4. Az állampolgársági kikötés az arányosság elvének viszonylatában ..... I - 4141

a) A közjegyzők jogállása ..... I - 4141

b) Az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés az EK 43. cikkre és az EK 45. cikk első bekezdésére figyelemmel ..... I - 4142

c) Az arányosság vizsgálata ..... I - 4147

5. A kötelezettségszegés alátámasztására felhozott első jogalappal kapcsolatos következtetés ..... I - 4149

B – A kötelezettségszegés alátámasztására felhozott második jogalapról ..... I - 4150

VI – A költségekről ..... I - 4151

VII – Végkövetkeztetések ..... I - 4152

I – Bevezetés

1. Az Európai Bizottság a jelen kötelezettségszegés megállapítása iránti kereseteivel annak megállapítását kéri a Bíróságtól, hogy a Belga Királyság, a Francia Köztársaság, a Luxemburgi Nagyhercegség, az Osztrák Köztársaság, a Németországi Szövetségi Köztársaság és a Görög Köztársaság – mivel a közjegyzői szakma gyakorlását kizárólag saját állampolgáraik számára teszik lehetővé (a továbbiakban: állampolgársági kikötés) – nem teljesítették az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő kötelezettségeiket. A Bizottság továbbá annak megállapítását kéri, hogy az említett tagállamok – a Francia Köztársaság kivételével – nem teljesítették a szakmai képesítések elismeréséről szóló 2005/36/EK irányelvből[2] eredő kötelezettségeiket, mivel azt nem alkalmazták a közjegyzői szakma tekintetében[3].

2. Annak ellenére, hogy a Bizottság keresete kizárólag az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetést támadja, a jelen ügyekben felmerülő kérdés sokkal összetettebb. A jelen eljárások célja valójában az, hogy a Bíróság állapítsa meg, hogy a latin típusú közjegyzői modell polgári jogi funkciója, abban a formában, amelyben azt a tagállamok

2 – A 2005. szeptember 7-i tanácsi irányelv (HL 2007. L 255., 22. o.), amely hatályon kívül helyezte a legalább hároméves szakoktatást és szakképzést lezáró felsőfokú oklevelek elismerésének általános rendszeréről szóló, 1988. december 21-i 89/48/EGK tanácsi irányelvet (HL 1989. L 19., 16. o.; magyar nyelvű különkiadás 5. fejezet, 1. kötet, 337. o.).

3 – A Bizottság más tagállamok ellen is keresetet indított ugyanerre a jogalapra hivatkozással, jelenleg a Bíróság előtt van egy Portugália (C-52/08. sz. ügy) és egy Hollandia (C-157/09. sz. ügy) ellen benyújtott keresete.

jelentős részében gyakorolják[4], a letelepedés szabadságának hatálya alá tartozik, figyelemmel arra, hogy az nem kapcsolódik a „közhatalom gyakorlásához".

3. A vizsgált probléma általános jellegére figyelemmel a jelen ügyben a Bíróság az EK 43. cikkel és az EK 45. cikk első bekezdésével kapcsolatos eddigi legkényesebb értelmezési kérdéssel néz szembe. Látni fogjuk, hogy a Bíróság által eddig elbírált ügyekben a fenti két rendelkezés kombinációja olyan szakmákat érintett, amelyek elszórtan és szélsőségesen eseti jelleggel kapcsolódtak a közhatalomhoz, ez azonban a vizsgált ügyekre *prima facie* egyáltalán nem jellemző.

4. A fenti indokoknál fogva a jelen indítvány ismertetése céljából egyesített hat kereset lehetőséget biztosít a Bíróságnak arra, hogy az eddigieknél sokkal alaposabban megvizsgálhassa egy olyan összetett szabályozásnak a hatályát, mint ami az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének összekapcsolásából ered. E feladat megoldása során, a korábbiakkal ellentétben a Bíróságnak a jelen eljárásban meg kell találnia a megfelelő egyensúlyt az uniós szabadságok által biztosítani kívánt célok, a tagállamok hatásköreinek tiszteletben tartása és az uniós polgársághoz kapcsolódó jogállás között. Ezen értékek mérlegelése során a Bíróság azzal szembesül majd, hogy a fent hivatkozott cikkek értelmezése különleges erőfeszítést igényel, amelyben döntő szerephez jut majd az arányosság elve.

5. Láthatjuk, hogy a jelen ügyben felmerülő kérdések súlya, valamint az EK 43. cikkel és az EK 45. cikk első bekezdésével kapcsolatos arányossági teszt bevezetésének lehetősége nyilvánvalóvá teszik, hogy a jelen ügy nemcsak a közjegyzői tevékenység, hanem szélesebb értelemben véve az uniós jog szempontjából is jelentős.

II – Jogi háttér

A – *A közösségi jog*

1. Az elsődleges jog

6. Keresetének alátámasztására a Bizottság az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első

4 – Itt szükséges megjegyezni, hogy noha az ezen keresetek tárgyát képező latin típusú közjegyzői modell továbbra is a legelterjedtebb Európában, az Európai Unióban emellett más típusú közjegyzői modellek is léteznek, amelyek nem tartoznak az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá. Ennek oka lehet akár az, hogy a közjegyző teljesen betagozódik a közigazgatási rendszerbe, vagy az, hogy közreműködésének nincs hitelesítő hatása abban az értelemben, ahogy arra a továbbiakban hivatkozni fogok. Végezetül, az európai helyzet az utóbbi években még inkább sokrétűvé vált azáltal, hogy néhány, latin közjegyzői modellt működtető államban eltörölték az állampolgársági kikötést (Olaszország, Spanyolország).

bekezdése (jelenleg EUMSZ 49. és EUMSZ 51. cikk) összekapcsolásának következményére hivatkozik, amely a keresettel támadott kötelezettségszegés idején az alábbiak szerint biztosította a természetes személyek és a jogi személyek letelepedésének szabadságát:

„43. cikk

Az alábbiakban megállapított rendelkezéseknek megfelelően tilos a valamely tagállam állampolgárainak egy másik tagállam területén történő szabad letelepedésére vonatkozó minden korlátozás. Ezt a rendelkezést azokra a korlátozásokra is alkalmazni kell, amelyek képviseletnek, fióktelepnek vagy leányvállalatnak egy tagállam valamely tagállamban letelepedett állampolgára által történő alapítására vonatkoznak. […]

45. cikk

Valamely tagállamban a közhatalom gyakorlásához tartósan vagy időlegesen kapcsolódó tevékenységekre e fejezet rendelkezései az adott tagállam vonatkozásában nem alkalmazhatók.

A Bizottság javaslata alapján a Tanács minősített többséggel úgy rendelkezhet, hogy e fejezet rendelkezései bizonyos tevékenységekre nem alkalmazhatók[5].”

2. A másodlagos jog

7. A legalább hároméves szakoktatást és szakképzést lezáró felsőfokú oklevelek elismerésének általános rendszeréről szóló 89/48/EGK tanácsi irányelv által, annak 12. cikkében meghatározott átültetési határidő 1991. január 4-én járt le.

8. Az irányelv 2. cikke így rendelkezik:

„Ezt az irányelvet a tagállamok minden olyan állampolgárára alkalmazni kell, aki önálló vállalkozóként vagy munkavállalóként egy másik tagállamban kíván egy szabályozott szakmát gyakorolni.

Ez az irányelv nem vonatkozik azokra a foglalkozásokra, amelyekkel az oklevelek tagállamok általi kölcsönös elismeréséről szóló külön irányelv foglalkozik.”

5 – Szükséges kiemelni, hogy a jelen kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetek során az érintett felek további pontosítás nélkül mindvégig az EK 45. cikkre hivatkoznak, a hivatkozott rendelkezés azonban valójában kétségtelenül az említett cikk két bekezdése közül az első, vagyis az, amelyik negatív megközelítéssel állapítja meg a szabadság hatályát azáltal, hogy azt nem terjeszti ki a közhatalom gyakorlásában közreműködő tevékenységekre. Egészen más célokra figyelemmel, a második bekezdés a gazdasági tevékenységek olyan alapvető kategóriájára vonatkozik, amelyeket, anélkül, hogy részvételt jelentenének a közhatalom gyakorlásában, a másodlagos jog rendelkezései mégis »kizárhatják« a letelepedés szabadsága alól. Erre a későbbiekben még visszatérek.

9. Szükséges megjegyezni, hogy a közjegyzői szakmára nézve nem létezik olyan szabályozás, amelyre a fent hivatkozott rendelkezés (2) bekezdése utal.

10. A 89/48/EGK tanácsi irányelvet hatályon kívül helyezte és kodifikálta a szakmai képesítések elismeréséről szóló, 2005. szeptember 7-i 2005/36/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv. Az új szövegezés megőrizte a 89/48 irányelv lényegét, azonban új (41) preambulumbekezdése az alábbi, nyilvánvalóan figyelembe veendő rendelkezést tartalmazza:

„Ez az irányelv nem előzi meg a Szerződés 39. cikkének (4) bekezdése és 45. cikke alkalmazását, mindenekelőtt a közjegyzők vonatkozásában."

B – *A nemzeti jog*

1. A közjegyzői szakma

11. A Bizottság és a tagállamok is bőségesen szolgáltattak olyan ténybeli és jogi elemeket, amelyek részletes leírást adnak a közjegyzői szakmáról az egyes országokban. Ugyanakkor, figyelemmel a szolgáltatott tájékoztatás terjedelmére, a keresetek összefüggő jellegére, valamint arra, hogy az érdemi vizsgálatot világos érvekkel kell alátámasztani, az alábbiakban tagállamonként összefoglalom a vonatkozó szabályozást, valamint a közjegyzői szakmához kapcsolódó feladatokat, amelyek közül különösen kiemelkedik a jogi aktusok hitelesítése?*.

a) A belga jog

12. Belgiumban a közjegyzői szakmát a XI. évi Ventôse havi (a forradalmi naptár hatodik hónapja) 25. sz. törvény, továbbá különböző rendelkezések szabályozzák, amelyek többek között a bíróságokról szóló belga törvénykönyvben találhatók.

* – (Megjegyzés a spanyol változathoz): A jelen indítványban az „autenticación" (magyarul: hitelesítés) kifejezést fogom használni azon tevékenység megjelölésére, amelynek során a közjegyző a felek által elé tárt ténybeli és jogi elemek valódiságát, illetve egyezését tanúsítja. Tisztában vagyok azzal, hogy a jelen indítvány szövegének nyelvében nem ez a kifejezés – autenticación – a leggyakrabban használatos, noha azt tartalmazza a Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (a spanyol királyi akadémia anyanyelvi szótára). A jelen indítványban e szó használatát az igazolja, hogy az Európai Unió többi hivatalos nyelve közül csak néhányban található meg a „fe pública" (magyarul: magát a hitelesítési tevékenységet megalapozó jogosítványt jelöli) kifejezés. A nyelvi palettán tehát olyan kifejezéseket találunk, amelyek nem adják vissza a „fe pública" jelentését, mint például a német „Beglaubigung" és „Beurkundung", amelyek a hitelesítés különböző fokozatait takarják. Svédországban, ahol a közjegyzői funkciók eltérnek a latin típusú közjegyzői modellnél megszokottól, a „notarisering" kifejezést használják, méghozzá meglehetősen rugalmasan. Ugyanakkor az „autenticación" kifejezés sokszor visszaköszön a francia nyelvben, amely az „authentification" kifejezést használja, csakúgy mint a holland („authentificatie") és az olasz („autenticazione") nyelvben.

13. A belga szabályozás értelmében a közjegyző feladata elsősorban közokiratok kiállítása, amelyeknek két alapvető jellemzője van: teljes bizonyító erejűek és végrehajthatóak[6].

14. A közjegyző a hitelesítés során valamelyik fél kérelmére jár el, elvégzi az általa hitelesítendő okirat törvényességi ellenőrzését. A közjegyző közreműködése a hitelesítendő okiratra tekintettel lehet kötelező vagy választható, és abban rögzítésre kerül, hogy az okirat megfelel a jogszabályok által a kiállításához előírt valamennyi feltételnek, továbbá hogy a felek jog- és cselekvőképesek. Eljárása során a közjegyző valamennyi felet tájékoztatja a jogairól és a kötelezettségeiről, továbbá tanácsot ad nekik, utóbbi során teljes mértékben pártatlanul jár el[7]. Emellett a közjegyző közvetlenül eljár a jelzálogjog-bejegyzés, illetve -alapítás díjának megállapítása és beszedése során.

15. A közjegyzői hitelesítéssel ellátott valamennyi irat teljes bizonyító erővel rendelkezik, amely megegyezik a hatóságok által kiállított iratok bizonyító erejével, annak megdöntésére kizárólag bírósági eljárásban kerülhet sor. A közjegyző eljárásával szemben jogorvoslatnak van helye, de kizárólag különleges felülvizsgálati eljárás keretében[8].

16. A közokirat emellett az ország egész területén végrehajthatónak minősül[9]. Így a közjegyzői okirat – annak végrehajtása érdekében – kötelezi az adóst (akit azonban értesíteni kell), mivel az annak kiállítása iránti intézkedés közvetlenül egy hatósági tisztviselő, az *huissier* (végrehajtó) feladata. Amennyiben az adós ellentmondással kíván élni a végrehajtás ellen, végrehajtási kifogásával bírósághoz fordulhat[10].

17. A belga kormány igazolta, hogy a közjegyzők a hitelesítés mellett más tevékenységeket is folytatnak, bár az előbbihez viszonyítva csak másodlagos jelleggel. A közjegyző tehát végrehajtási-, csőd-, gyámsági-, illetve hagyatéki eljárások során ingatlan-adásvétellel kapcsolatos feladatokat is ellát; emellett leltárak készítésével; osztatlan közös tulajdonban álló javak megosztásával; valamint társaságok alapításával, egyesülésével és egyéb társasági iratok kiállításával is foglalkozik.

18. Fenti feladatai ellátása érdekében a közjegyző állami tisztviselőnek minősül, amely a közhatalmat képviseli, annak ellenére, hogy tevékenysége szabad foglalkozásnak minősül[11]. Tisztségéből nem mozdítható el, és a köztisztviselőkre jellemző fegyelmi eljárás vonatkozik rá[12]. Díjazása nem piaci alapon történik, azt jogszabály állapítja meg, azonban az ügyfél széles körű választási szabadsággal rendelkezik a közjegyző megválasztása során. Éppen ezért a közjegyzők nem díjszabásukkal versengenek az ügyfelekért, hanem az általuk nyújtott szolgáltatás minőségével.

6 – A XI. évi Ventôse havi 25. sz. törvény 19. cikke.

7 – A fent hivatkozott Ventôse havi 25. sz. törvény 9. cikke (1) bekezdésének 3) albekezdése.

8 – A közjegyzői okiratok tekintetében alkalmazható „inscription en faux" eljárás, amelyet a bíróságokról szóló belga törvénykönyv polgári eljárásról szóló rendelkezései szabályoznak.

9 – A fent hivatkozott Ventôse havi 25. sz. törvény 19. cikke.

10 – A bíróságokról szóló belga törvény 1395. és 1396. cikke.

11 – A fent hivatkozott Ventôse havi 25. sz. törvény 1. cikke.

12 – A fent hivatkozott Ventôse havi 25. sz. törvény 108. cikke.

b) A francia jog

19. Franciaországban a közjegyzői szakma szabályozása a XI. évi Ventôse havi 25. sz. törvényben, valamint egyéb különös rendelkezésekben található, amelyeket zömében a polgári eljárásról szóló törvénykönyv tartalmaz.

20. A közjegyzői szakmát Franciaországban is az ügyfelek által a közjegyző rendelkezésére bocsátott okiratok és szerződések hitelesítése jellemzi, amelynek során a közjegyző teljes bizonyító erővel ruházza fel és végrehajthatóvá nyilvánítja az okiratokat és szerződéseket[13].

21. A francia közjegyző általában valamelyik fél kérelmére jár el, bár több olyan okirat is van, amelyek kiállítása nem lehetséges közjegyzői közreműködés nélkül[14]. Annak érdekében, hogy az okirat megfelelően hitelesítve legyen, a közjegyző elvégzi az eljárás törvényességi szempontú vizsgálatát, és köteles betartani bizonyos, jogszabály által előírt szigorú formai követelményeket[15], amelyek egyike, hogy az okiratot francia nyelven kell kiállítani[16]. A közjegyző emellett köteles tájékoztatni a feleket az okirat hatályáról és hatásairól, valamint biztosítania kell, hogy a felek teljes jogképességük és cselekvőképességük birtokában szabadon nyilvánítják ki egyetértésüket.

22. A közokiratnak minősített bizonyító ereje van, bár helye van ellenbizonyításnak egy különleges eljárás keretén belül, amelynek lefolytatására a *tribunal de grande instance*[17] (első fokon eljáró általános hatáskörű regionális polgári bíróság) rendelkezik kizárólagos illetékességgel. Az eljárás kiegészítő jelleggel vagy főeljárásként indul, attól függően, hogy a közokirat tartalmát egy már folyamatban lévő eljárásban vitatják-e[18]. Az említett eljárás eredményeként szankcióval sújthatják mind a közjegyzőt, mind pedig az eljárást kezdeményező felet.

23. A közjegyzői okirat végrehajthatósága biztosítja, hogy a végrehajtásban érintett felek bármelyike közvetlenül kérheti annak végrehajtását az arra kizárólagos hatáskörrel rendelkező hatóságtól, az *huissier*-től[19]. A magánokiratoktól eltérően a közjegyzői okirat végrehajtása nem igényel bírói közreműködést, sem az adós hozzájárulását. A végrehajtási eljárás egyebekben megegyezik a

13 – Az 1945. november 2-i 45-2590 rendelet 1. cikke, a polgári törvénykönyv 1319. cikke és a fent hivatkozott Ventôse havi 25. sz. törvény 19. cikke.

14 – Többek között ajándékozási ügyletek, házassági szerződések, jelzálogjogok alapítása, illetve határidős ügyletek.

15 – Lásd a fent hivatkozott Ventôse havi 25. sz. törvényt, valamint egyéb különös szabályokat, mint például az adózás általános kérdéseiről szóló törvénykönyv 850. cikkében foglaltak.

16 – Az 1994. augusztus 4-i 94-665 törvény 1. cikke, valamint a még mindig hatályban lévő 1539. évi Villers-Cotterêts rendelet, amely a közokiratok tekintetében előírja a francia nyelv használatát.

17 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 299. cikke.

18 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 306. és 314. cikke.

19 – A fenti hivatkozott polgári eljárásról szóló törvénykönyv 18. cikke biztosítja az *huissier*-k végrehajtási intézkedések foganatosítására és végrehajtható okiratok végrehajtására vonatkozó kizárólagos hatáskörét.

bírósági ítéletek végrehajtása során irányadó eljárással[20].

24. A francia kormány igazolta, hogy a közjegyzők a hitelesítés mellett más tevékenységeket is folytatnak, jóllehet az előbbihez viszonyítva másodlagos jelleggel. A közjegyző tehát adók beszedésével kapcsolatos, a hitelesítéstől elkülönülő feladatokat is ellát, amelyek kiegészítik az utóbbit, és jelzik a szakma közhatalomba való beágyazottságának mértékét.

25. A közjegyző állami tisztviselő, megbízás alapján jogosult a közhatalom gyakorlására, és különös összeférhetetlenségi szabályok vonatkoznak rá, bár tevékenységét szabad foglalkozás keretében végzi[21]. Mindazonáltal feladatköre a megelőző igazságszolgáltatás körébe tartozik, amely a jogi és társadalmi viszonyok egyensúlyát hivatott biztosítani. A közjegyzők díjazását jogszabály állapítja meg, az ügyfél azonban bizonyos szabadságot élvez a közjegyzők közötti választás során. Erre figyelemmel olyan versenyalapú szolgáltatási rendben kifejtett gazdasági tevékenységről van szó, amelyben nem a díjszabás, hanem a szolgáltatás minősége a meghatározó a szolgáltatók közötti különbségtétel során.

20 – Az 1991. július 9-i 91-650 törvény.

21 – A Conseil d'État (francia államtanács) 2006. június 9-i (280911. sz.) ítéletében kimondta a közjegyzői tevékenység közfeladat jellegét, és megállapította az EK 45. cikk első bekezdésének e szakmára való alkalmazhatóságát, azonban anélkül jutott erre a következtetésre, hogy előzetes döntéshozatal iránti kérelemmel fordult volna a Bírósághoz.

c) A luxemburgi jog

26. Luxemburgban a közjegyzői szakma szabályozása az 1976. december 9-i törvényben, valamint egyéb különös rendelkezésekben található, amelyek közül a legfontosabb a polgári eljárásról szóló törvénykönyv, az 1905. szeptember 25-i törvény és a 2000. október 7-i nagyhercegi rendelet.

27. A luxemburgi közjegyzői karra szintén jellemző, hogy tagjai állami tisztviselők, akiknek feladata, hogy közreműködjenek a felek által e célból benyújtott okiratok és szerződések hitelesítésében[22]. A hitelesítés velejárója a megerősített bizonyítóerő és a végrehajthatóság[23].

28. A közjegyző valamelyik fél kérelmére jár el, köteles elvégezni az okirat törvényességi vizsgálatát, és biztosítani a jogszabályok által előírt különböző formai követelmények betartását. Közreműködése azonban bizonyos esetekben kötelező[24]. A közjegyző köteles megbizonyosodni arról, hogy a felek szabad akaratukból járnak el, teljes jog- és cselekvőképességük birtokában. Emellett köteles teljes mértékben pártatlan tanácsadást nyújtani a felek számára, valamint tájékoztatni őket az okiratból és az ő közreműködéséből eredő jogaikról és kötelezettségeikről.

22 – Az 1976. december 9-i törvény 1. cikke.

23 – A fent hivatkozott törvény 37. és 45. cikke.

24 – Lásd például az ingatlanokon fennálló királyi jogokról szóló, 1905. szeptember 25-i törvényt.

29. A hitelesítés egy bélyegzőlenyomat elhelyezésével történik, amelyen szerepel a végrehajtási záradék[25]. Az okirat bizonyító ereje erre figyelemmel rendkívül szilárd, és csak kivételes esetben, különleges jogorvoslati eljárás keretében van helye ellenbizonyításnak[26].

30. A közjegyzői okirat végrehajthatósága lehetővé teszi, hogy a hitelező közvetlenül kezdeményezhesse a végrehajtási eljárás lefolytatását az adós ellen, anélkül hogy megállapítási eljárást kellene indítania a bíróságok előtt. A hitelezőnek csupán a végrehajtási eljárás lefolytatására kizárólagosan jogosult hatósághoz, az *huissier*-hez kell fordulnia. Az huissier végrehajtási eljárás során hozott döntései ellen ugyanolyan feltételek mellett van helye jogorvoslatnak, mint a bírósági határozatok végrehajtására irányuló eljárások során.

31. A luxemburgi kormány igazolta, hogy a közjegyzők a hitelesítés mellett más tevékenységeket is folytatnak, bár az előbbihez viszonyítva csak másodlagos jelleggel. A közjegyzők tehát a végrehajtási-, csőd-, gyámsági-, illetve hagyatéki eljárások során ingatlan-adásvétellel kapcsolatos feladatokat is ellátnak; emellett leltárak készítésével és osztatlan közös tulajdonban álló javak megosztásával is foglalkoznak.

32. A közjegyzők a nagyherceg által, az igazságügy-miniszter javaslatára kinevezett állami tisztviselők. Feladataikat Luxemburg területén látják el, ahol kötelesek lakóhelyet létesíteni. Annak ellenére, hogy tevékenységüket szabad foglalkozás keretében fejtik ki, sajátos jogállásuk van, amely szigorú összeférhetetlenségi szabályokat állapít meg[27]. A közjegyzők díjazását jogszabály állapítja meg, az ügyfél azonban bizonyos szabadságot élvez a közjegyző kiválasztása során, feltéve hogy az eljárással érintett bírósági körzetben egynél több közjegyző működik. Éppen ezért a közjegyzők között szabad a verseny, azonban nem díjszabásukkal, hanem az általuk nyújtott szolgáltatás minőségével versenyeznek.

d) Az osztrák jog

33. Az Osztrák Köztársaságban az 1871. július 25-i és az 1970. november 11-i törvények, valamint a polgári eljárásról szóló törvénykönyv különböző rendelkezései állapítják meg a közjegyzői tevékenység legáltalánosabb szabályait.

34. Az osztrák közjegyzői kar az állam által határozatlan időtartamra kinevezett tisztviselőkből áll, akiknek feladata többek között az okiratok hitelesítése, amely az említett iratokat különleges bizonyító erővel ruházza fel és végrehajthatóvá teszi[28].

25 – A 2000. október 7-i nagyhercegi rendelet.

26 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 310. és azt követő cikkei.

27 – A fent hivatkozott 1976. december 9-i törvény 6. cikke.

28 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 292. cikke és az 1871. július 25-i törvény (RGBl. 75/1871.) 3. cikke.

35. Az Osztrák Köztársaság válaszbeadványában elismerte, hogy a hitelesítés az osztrák közjegyzők tipikus és alapvetően ellátandó feladata. Tevékenységük során valamelyik fél kérelmére járnak el, azonban bizonyos esetekben közreműködésük kötelező az okirat kiállítása és teljes körű joghatással való felruházása érdekében. A közjegyző elvégzi az eljárása tárgyát képező okirat törvényességi vizsgálatát, és tájékoztatja a feleket jogaikról és kötelezettségeikről, valamint közreműködésének joghatásairól, miközben megállapítja, hogy a felek jog- és cselekvőképessége nem korlátozott.

36. Az okirat kiállítását követően a közjegyző jogosult ellátni a felek bíróságok és hatóságok előtti képviseletét, és bizonyos esetekben védelmét is[29]. E tevékenységüket önállóan és haszonszerzési céllal folytatják.

37. A közjegyzői okiratoknak különleges bizonyító ereje van, bár szigorú feltételek mellett helye lehet ellenbizonyításnak[30].

38. A hitelesítés következtében a közjegyzői okiratok végrehajtható okiratnak minősülnek, amelyek az érdekelt kérelmére közvetlenül végrehajthatók az ezért felelős állami hatóságok, vagyis a tartományi bíróságok[31] előtt. Sem az adós hozzájárulására, sem a bíróság megállapítási határozatára nincs szükség. Ugyanakkor a végrehajtási eljárás során különféle jogorvoslati eljárásoknak lehet helye, amelyeket az azokra vonatkozó különös eljárási szabályok szabályoznak[32].

39. Az osztrák kormány igazolta, hogy a hitelesítés mellett a közjegyzők egyéb tevékenységeket is folytatnak. A közjegyző tehát eljárhat úgy is mint Gerichtskommissär, e jogszabályban biztosított funkciójának ellátása során segédkezik, és közreműködik bizonyos bírósági eljárásokban, így például öröklési jogi ügyekben. Gerichtskommissäri minőségében a közjegyző a bíróságokkal azonos jogköröket gyakorol, például utasítások kiadására is jogosult.

40. A közjegyzők a szövetségi igazságügyi miniszter határozatával kinevezett, közfeladatok ellátására köteles tisztviselők. Tevékenységüket azonban szabad foglalkozásként folytatják. Feladataikat teljes függetlenség mellett látják el, és különleges jogállásuk van. Díjazásukat jogszabály állapítja meg, de az

29 – A fent hivatkozott törvény 5. cikke.

30 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 292. cikke.

31 – *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht.* Lásd az 1896. május 27-i törvény (RGBl. 79/1896.) 17. és azt követő cikkeit.

32 – A fenti hivatkozott 1896. május 27-i törvény 35–37. cikke.

ügyfelek bizonyos szabadságot élveznek a közjegyző kiválasztása során. Erre tekintettel létezik bizonyos mértékű verseny a közjegyzők között, de nem díjképzési politikájuk, hanem az általuk nyújtott szolgáltatás minősége révén.

e) A német jog

41. Németországban a közjegyzői szakmát az 1961. február 24-i törvény, valamint a polgári eljárásról szóló törvénykönyv különböző rendelkezései szabályozzák.

42. A német közjegyzői kart független tisztviselők alkotják, akik főleg okiratok hitelesítését végzik[33]. Közreműködésük eredményeként a közjegyzői okirat végrehajtható lesz, és különleges bizonyító erővel rendelkezik[34]. A közjegyzők tevékenysége az ún. „megelőző igazságszolgáltatás" része[35].

43. Valójában a hitelesítés a legjelentősebb és legjellemzőbb tevékenysége a közjegyzői szakmának. Ennek érdekében a közjegyző gondoskodik a felek által kiállítani kívánt magánokiratok törvényességének vizsgálatáról, és megbizonyosodik arról, hogy akaratuk kinyilvánítása során a felek teljes jog- és cselekvőképességük birtokában járnak-e el[36]. A jog által előírt feltételek fennállása esetén a közjegyző köteles elvégezni a hitelesítést[37]. Közreműködése során a közjegyző tanácsot ad, és tájékoztatja a feleket jogaikról és kötelezettségeikről, valamint az okirat hitelesítésének következményeiről[38]. Noha a közjegyző a felek kérelmére, nem pedig hivatalból jár el, a német szabályozás az olyan okiratok széles skálájáról rendelkezik, amelyek megkövetelik a közjegyző közreműködését ahhoz, hogy teljes mértékben kiváltsák a hozzájuk fűződő joghatásokat[39].

44. A közjegyzői okirat hiteles, és különleges bizonyító erővel rendelkezik, bár a jogszabályok által előírt feltételek mellett helye van ellenbizonyításnak[40], attól függően, hogy mi a közjegyzői hitelesítés tárgya: harmadik személyek nyilatkozatai, magának a közjegyzőnek a nyilatkozatai vagy tények.

45. A közjegyzői okirat végrehajtható, és a végrehajtó hatóságok a végrehajtás megindítása érdekében közvetlenül kötelesek eljárni, anélkül hogy szükség lenne az adós hozzájárulására, akit azonban kötelező értesíteni.

33 – Az 1961. február 24-i törvény (BGBl. I, 97. o.) 1. és 20. cikke.

34 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 415. cikke, 794. cikke (1) bekezdésének 5. pontja és 797. cikkének (2) bekezdése.

35 – Az 1961. február 24-i törvény fent hivatkozott 1. cikke értelmében németül: „vorsorgende Rechtspflege".

36 – A fent hivatkozott 1961. február 24-i törvény 14. cikkének (2) bekezdése.

37 – A fent hivatkozott 1961. február 24-i törvény 15. cikkének (1) bekezdése.

38 – A fent hivatkozott 1961. február 24-i törvény 14. cikke (1) bekezdésének 2. pontja.

39 – Lásd többek között az ajándékozási ígéret (a BGB 518. cikke), a házassági szerződések (a BGB 1408. cikke) vagy az örökség visszautasításának (a BGB 2346. cikke) esetét.

40 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 415. cikkének (2) bekezdése.

Ennek előfeltétele, hogy az adós az okirat kiállításának és közokiratba foglalásának időpontjában alávesse magát a végrehajtásnak[41]. A végrehajtás kizárólag a jogszabályban meghatározott hatóságok hatáskörébe tartozik, ezek között azonban nem szerepel a közjegyző[42]. A végrehajtási eljárás során meghozott olyan döntésekkel szemben, amelyek a közjegyzői okirat tartalmát érintik, bírósági jogorvoslatnak lehet helye[43].

46. A német kormány igazolta, hogy a közjegyzők a hitelesítés mellett más tevékenységeket is folytatnak, bár az előbbihez viszonyítva csak másodlagos jelleggel. A közjegyző tehát hiteles másolatok készítésével, meghatalmazások kiállításával és eskü alatt tett nyilatkozatok tanúsításával kapcsolatos feladatokat is ellát.

47. A német közjegyző a Land (tartomány) által kinevezett állami tisztviselő, aki tevékenységét az állam nevében fejti ki[44]. Jóllehet tevékenysége nem gazdasági jellegű, a közjegyzők – Baden-Württenberg esetét kivéve[45] – független szakemberként járnak el. A többi Land területén a régiótól függően a közjegyzők szakmájuk gyakorlása során kizárólagos jogkörrel járnak el, vagy az ügyvédekkel párhuzamosan tevékenykednek. Különleges jogállással rendelkeznek, amely biztosítja függetlenségüket, míg díjazásukat jogszabály állapítja meg[46]. Mindazonáltal az ügyfeleknek adott körzetben széles mérlegelési joguk van a közjegyző megválasztása során[47]. Erre tekintettel az adott körzetben működő közjegyzők versengenek egymással, azonban az nem díjképzési politikájukon, hanem az általuk nyújtott szolgáltatás minőségén alapul.

f) A görög jog

48. A közjegyzői tevékenységet Görögországban lényegében a 2830/2000 törvény szabályozza.

49. A görög közjegyző olyan állami tisztviselő, akinek feladata elsősorban okiratok hitelesítése, amelyek ezáltal bizonyító erejűek lesznek és végrehajthatóvá válnak[48].

41 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 794. cikke (1) bekezdésének 5. pontja.

42 – Több hatáskörrel rendelkező hatóság is van, többek között a bírósági végrehajtók (Gerichtsvollzieher), a végrehajtás elrendelésére jogosult bíróságok (Vollstreckungsgericht), a peres bíróságok (Prozessgericht) vagy az ingatlan-nyilvántartási hivatalok (Grundbuchamt).

43 – A polgári eljárásról szóló törvénykönyv 732. cikke és 797. cikkének (3) bekezdése.

44 – A fent hivatkozott 1961. február 24-i törvény 1. cikke.

45 – E tartományban a közjegyzők köztisztviselőként, a közigazgatás részeként látják el feladataikat.

46 – A fent hivatkozott 1961. február 24-i törvény 17. cikke.

47 – A fent hivatkozott 1961. február 24-i törvény 10a. és 11. cikke.

48 – A 2830/2000 törvény 1. cikkének (1) bekezdése.

50. A közjegyző felelős a felek által rendelkezésére bocsátott okiratok hitelesítéséért, ugyanakkor a közjegyzői közreműködés bizonyos esetekben kötelező[49]. A közjegyző tájékoztatja a feleket jogaikról és kötelezettségeikről, tanácsot ad nekik, és szolgáltatásai nyújtása során teljes függetlenséget élvez.

51. A közjegyzői okiratok különleges, mindenkire kiterjedő hatályú bizonyító erővel rendelkeznek[50]. Kizárólag kivételes indokok alapján lehet kétségbe vonni az ilyen okirat tartalmát.

52. Végrehajthatóságára tekintettel a közjegyzői okirat végrehajtása közvetlenül kérhető az arra hatáskörrel rendelkező és annak lefolytatásáért felelős hatóságtól. Ugyanakkor a végrehajtással kapcsolatos döntésekkel szemben eseti jelleggel és meghatározott körülmények között van helye jogorvoslatnak[51].

53. A görög kormány igazolta, hogy a közjegyzők a hitelesítés mellett más tevékenységeket is folytatnak, bár az előbbihez viszonyítva másodlagos jelleggel. A közjegyzők tehát a végrehajtási-, csőd-, gyámsági-, illetve hagyatéki eljárások során ingatlan-adásvétellel kapcsolatos feladatokat is ellátnak; emellett leltárak készítésével és osztatlan közös tulajdonban álló javak megosztásával is foglalkoznak.

54. A közjegyző állami tisztviselő, aki szolgáltatásai nyújtása során függetlenül jár el, és díjazását közvetlenül az ügyféltől kapja. Habár díjazását jogszabály határozza meg, az ügyfél bizonyos mértékig szabadságot élvez a közjegyző megválasztása során.

55. Erre tekintettel létezik bizonyos mértékű verseny a közjegyzők között, de nem díjszabási politikájuk, hanem az általuk nyújtott szolgáltatás minősége mentén.

g) Összegzés

56. A fenti megállapításokból arra lehet következtetni, hogy a hat alperes tagállam a közjegyzői szakma tekintetében közös modellt állapított meg és dolgozott ki, különös tekintettel a hitelesítési tevékenységre és annak joghatásaira: a bizonyító erőre és a végrehajthatóságra. Ugyanígy kiemelhető, hogy valamennyi alperes tagállamban különleges és felemás közjegyzői jogállás alakult ki, amely félúton van az állami hatóság és a független szakember között, és amely olyan jogokkal és kötelezettségekkel jár, amelyek a közjegyzői szakmát *sui generis* gazdasági tevékenységgé teszi. Ezen alapvető egybeesés mértéke lehetőséget biztosít arra, hogy egységes és indokolt választ adhassunk a jelen kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetekre.

49 – Például társaságok alapítása, élők közötti ajándékozás és ingatlanok adásvétele esetén.

50 – A fent hivatkozott 2830/2000 törvény 438. cikke.

51 – A fent hivatkozott 2830/2000 törvény 933. és azt követő cikkei.

2. A keresetek fő tárgyát képező nemzeti rendelkezések: az állampolgársági kikötések

57. A közjegyzői szakmára vonatkozó jogszabályi keret alapjainak ismertetését követően célszerű ismertetni a Bizottság által a jelen eljárásban kifogásolt rendelkezéseket, amelyeknek célja, hogy kizárólag az adott tagállam állampolgárai gyakorolhassák a közjegyzői szakmát.

a) A belga jog

58. Az 1999. május 4-i törvénnyel módosított XI. évi Ventôse havi 25. sz. törvény 35. cikkének (3) bekezdése állampolgársági kikötést alkalmaz a közjegyzői szakma Belgiumban való gyakorlása tekintetében. Az alábbiak szerint rendelkezik:

„A közjegyzőjelöltté minősítés feltétele, hogy az érintett: 1. belga állampolgár […].”

b) A francia jog

59. Az 1989. június 20-i 89-399 rendelettel módosított 1973. július 5-i rendelet az állampolgársági kikötés teljesüléséhez köti a közjegyzői szakma Franciaországban való gyakorlását, az alábbiak szerint:

„Kizárólag az lehet közjegyző, aki megfelel az alábbi feltételeknek: 1. francia állampolgár […].”

c) A luxemburgi jog

60. A közjegyzői szervezetről szóló, 1976. december 9-i törvény 15. cikke állampolgársági kikötést alkalmaz a közjegyzői szakma Luxemburgban való gyakorlása tekintetében. Az alábbiak szerint rendelkezik:

„A közjegyzői tevékenység gyakorlásához az alábbiak szükségesek: a) luxemburgi állampolgárság […].”

d) Az osztrák jog

61. A BGBl. 164/2005. számában megjelent rendelettel módosított, RGBl. 75/1871. számában megjelent rendelet 6. cikke (1) bekezdésének a) pontja állampolgársági kikötést alkalmaz a közjegyzői szakma Ausztriában való gyakorlása tekintetében, amely az alábbiak szerint szól:

„A közjegyzői tisztség betöltésének feltétele, hogy a jelölt a) osztrák állampolgár […].”

e) A német jog

62. A 2007. március 26-i törvény 3. cikkével módosított közjegyzőkről szóló szövetségi törvénykönyv 5. cikke állampolgársági kikötést alkalmaz a közjegyzői szakma Németországban való gyakorlása tekintetében. Az alábbiak szerint rendelkezik:

„Közjegyzői tisztséget kizárólag azok a német állampolgárok tölthetnek be, akik megfelelnek a bírák jogállásáról szóló szövetségi törvényben a bírói hivatás betöltése tekintetében meghatározott követelményeknek."

f) A görög jog

63. A fentiekben említett 2830/2000 törvény 19. cikkének (1) bekezdése állampolgársági kikötést alkalmaz a közjegyzői szakma Görögországban való gyakorlása tekintetében, amely az alábbiak szerint szól:

„Közjegyzővé görög állampolgárságú jelöltek nevezhetők ki […]."

III – A felek kérelmei

64. A Bizottság a jelen egyesített ügyekben annak megállapítását kéri a Bíróságtól, hogy:

– mivel a közjegyzői szakma gyakorlását kizárólag saját állampolgáraik számára teszi lehetővé, a Belga Királyság, a Francia Köztársaság, a Luxemburgi Nagyhercegség, az Osztrák Köztársaság, a Németországi Szövetségi Köztársaság és a Görög Köztársaság nem teljesítette az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő kötelezettségét,

– mivel a szakmai képesítések elismeréséről szóló 2005/36 irányelvet nem alkalmazta a közjegyzői szakma tekintetében, a Belga Királyság, a Luxemburgi Nagyhercegség, az Osztrák Köztársaság, a Németországi Szövetségi Köztársaság és a Görög Köztársaság nem teljesítette az említett irányelvből eredő kötelezettségét,

– kötelezze a Belga Királyságot, a Francia Köztársaságot, a Luxemburgi Nagyhercegséget, az Osztrák Köztársaságot, a Németországi Szövetségi Köztársaságot és a Görög Köztársaságot a költségek viselésére.

65. Az alperes államok – akiket egyébként a Litván Köztársaság, Románia, a Bolgár Köztársaság, a Lengyel Köztársaság, a Szlovén Köztársaság, a Cseh Köztársaság, a Szlovák Köztársaság, a Magyar Köztársaság és a Lett Köztársaság is támogat – azt kérték a Bíróságtól, hogy:

a keresetet utasítsa el mint megalapozatlant, mivel nem valósult meg az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének a keresetben kifogásolt sérelme, továbbá kötelezze a Bizottságot a költségek viselésére,

továbbá, a fenti kérelmet megelőzően elbírálandó kérelmében a Németországi Szövetségi Köztársaság elfogadhatatlansági kifogást emel, arra való hivatkozással, hogy a Bizottság a pert megelőző eljárásban kialakított álláspontját a 89/48/EK irányelvre alapozta, kereseti kérelmében azonban az azt felváltó 2005/36 irányelv megsértését kifogásolja.

IV – Az elfogadhatóságról

66. A Németországi Szövetségi Köztársaság az őt alperesként érintő C-54/08. sz. ügyben – Szlovénia és Lettország támogatásával – a Bizottság által hivatkozott jogszabályok alapján elfogadhatatlansági kifogást emelt. Álláspontja szerint a Bizottság a jelen kötelezettségszegés megállapítása iránti kereset benyújtását megelőző eljárásban a 89/48/EGK irányelv megsértésére hivatkozott, míg a peres eljárásban az annak helyébe lépő 2005/36 irányelv megsértését kifogásolta.

67. Ez a kifogás nem fogadható el.

68. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint a pert megelőző eljárás szabályszerűsége nemcsak az érintett tagállam jogai védelmének lényeges, a Szerződésben előírt biztosítéka, hanem annak is, hogy az esetleges peres eljárás tárgya világosan körülírható legyen. Kizárólag egy szabályszerű pert megelőző eljárás alapján ítélheti meg a Bíróság az előtte folyamatban lévő kontradiktórius eljárásban, hogy a tagállam valóban megszegte-e azokat a pontosan megfogalmazott kötelezettségeket, amelyeknek a megsértésére a Bizottság hivatkozik[52].

69. Amint azt a Bíróság több ízben is megállapította, a kereseti kérelmek főszabály szerint nem terjeszkedhetnek túl az indokolással ellátott vélemény következtetéseiben és a felszólító levélben hivatkozott kötelezettségszegéseken, azonban az is bizonyos,

52 – A C-266/94. sz., Bizottság kontra Spanyolország ügyben 1995. július 11-én hozott végzés (EBHT 1995., I-1975. o.) 17. és 18. pontja.

hogy abban az esetben, ha a közösségi jogot a pert megelőző eljárás során módosították, „a Bizottságnak a későbbiekben módosításra vagy hatályon kívül helyezésre került irányelv eredeti szövegén alapuló, de az új rendelkezések által is fenntartott kötelezettségek megszegésének megállapítására irányuló keresete elfogadható”[53].

V – Az ügy érdeméről

A – *A kötelezettségszegés alátámasztására felhozott első jogalapról*

70. Mindazonáltal, amint arra a Bizottság is rámutatott, az említett rendelkezések összehasonlító vizsgálatából az derül ki, hogy a 2005/36 irányelv csupán megerősítette és kodifikálta a 89/48 irányelv rendelkezéseit. Következésképpen a 89/48 irányelvben a tagállamok számára előírt kötelezettségek többsége a 2005/36 irányelv értelmében továbbra fennáll.

71. A fentiekből következik, hogy a kereset elfogadható, a Németország által előterjesztett elfogadhatatlansági kifogást pedig el kell utasítani, mivel azokra a 2005/36 irányelvből eredő kötelezettségekre hivatkozik, amelyek már a hatályon kívül helyezett irányelv értelmében is irányadóak voltak.

72. A kötelezettségszegés alátámasztására felhozott első jogalap keretében a Bizottság annak megállapítását kérte a Bíróságtól, hogy az alperes tagállamok – mivel a közjegyzői szakma gyakorlását egyedül és kizárólag saját állampolgáraik számára teszik lehetővé – megszegték az EK 43. cikket és az EK 45. cikk első bekezdését.

73. A tagállamok az említett két rendelkezésből eredő szabálynak egy eltérő megközelítését támogatják, amely lényegében azon alapul, hogy a szabály negatív megközelítéssel kijelölt hatályát az utóbbi rendelkezés határozza meg, vagyis a „közhatalom gyakorlásához tartósan vagy időlegesen kapcsolódó tevékenységek” kifejezés egy eltérő értelmezésén alapul.

74. Lényegében, és rendkívül egyszerű módon megfogalmazva, míg az EK 45. cikk első bekezdése a Bizottság olvasatában a „kényszer” fogalmával kapcsolódik össze, a tagállamok – ettől eltérően – egy sokkal tágabb értelmezést szorgalmaznak, amely szerint az említett szabály hatálya alá tartozik minden olyan döntés, amely a magánokiratokhoz fűződő joghatásoktól eltérő egyedi joghatásokat vált ki.

53 – Lásd többek között a C-365/97. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1999. november 9-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-7773. o.) 36. pontját és a C-145/01. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2003. június 5-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-5581. o.) 17. pontját.

1. Három általános jellegű bevezető észrevétel

75. Először is három általános észrevételt szükséges tennem. Az egyik az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő szabállyal, a második az EK 45. cikk első bekezdésének jelentésével, vagy ha a Bíróságnak így jobban tetszik, szerkezetével, a harmadik pedig az arányosság elvével kapcsolatos.

a) A szabály, amelyet a Bizottság álláspontja szerint a tagállamok megsértettek: az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése.

76. Amint a fentiekben kifejtettem, a Bizottság az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő, a letelepedés szabadságának alkalmazási körét meghatározó szabályok együttesének megsértését kifogásolja. E kötelezettségszegés különleges jellegével kapcsolatban, amely a Szerződés két rendelkezésének együtteséből építkezik, egy előzetes megjegyzés kifejtését látom szükségesnek.

77. Ugyanis az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése tulajdonképpen egy szabályból (letelepedés szabadsága) és egy kivételből (közhatalom gyakorlásához kapcsolódó tevékenységek) álló szabályozási egységet alkot, meghatározva ezáltal saját hatályát. A két rendelkezés közötti összefüggés eredményezi a jelen ügy megoldása során irányadó szabályt. Erre figyelemmel nem csupán egy olyan szabályról van szó (EK 43. cikk), amelyhez alkalmazási kivétel (EK 45. cikk első bekezdése) kapcsolódik, hanem egy más típusú szabályról: olyanról, amely a közhatalom gyakorlásában részt nem vevő tevékenységek kifejtése tekintetében határozza meg a letelepedés szabadságának hatályát. Ilyen a vizsgált szabadság Szerződésben biztosított hatálya is, és eszerint kell értelmezni a Bizottság álláspontját, amelyben az EK 43. és EK 45. cikk megsértésére hivatkozik

78. Másrészről ez az a döntő eltérés, amely funkcionálisan elkülöníti az EK 45. cikk két bekezdését. Amint látjuk, az első bekezdés közvetlen és befejezett módon, bár negatív megközelítéssel állapítja meg e szabadság hatályát azáltal, hogy közvetlenül kirekeszti annak köréből („nem alkalmazhatók”) a közhatalom gyakorlásához kapcsolódó tevékenységeket. A második bekezdés, éppen ellenkezőleg, csupán megteremti annak lehetőségét, hogy a másodlagos jog további korlátozásokat állapíthasson meg a Szerződésben rögzített, annak 43. cikkének és 45. cikke első bekezdésének együttesén alapuló szabadság érvényesülésére nézve. Az említett szabadság hatálya alóli ad hoc kivételek megállapítását általánosságban megengedő szabály, amellett, hogy a mai napig nem éltek a benne foglalt lehetőséggel, teljes mértékben kívül marad a jelen kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetek körén. Mindazonáltal a két bekezdés

rendelkezése közötti eltérés segít megérteni és megmagyarázni a második bekezdés funkcióját és hatályát.

79. Erre figyelemmel hangsúlyozni szükséges, hogy az EK 43. cikk nem egy szabadságot állapít meg – a letelepedés szabadságát –, amely alól aztán az EK 45. cikk első bekezdése megállapít egy kivételt. Másként kifejezve, nem egy szabály alkalmazása alóli kivételről van szó, hanem egy kivételről, amely megállapítja a Szerződés azon szabályát, amely végül kijelöli a szabadság hatályát. Erre tekintettel a tagállamok kötelezettsége arra irányul, hogy a letelepedés szabadságát azon gazdasági tevékenységek tekintetében érvényesítsék, amelyek sem tartósan, sem időlegesen nem kapcsolódnak a közhatalom gyakorlásához. Az EK 43. cikkel az EK 45. cikk első bekezdésével meghatározott hatályára a továbbiakban úgy utalok majd, mint a „letelepedés szabadságának negatív hatályára".

b) Az EK 45. cikk első bekezdésének értelmezési nehézségei

80. A második általános jellegű bevezető észrevétel már a tartalomra irányul. Valójában eleve egyértelműnek tűnik, hogy „a közhatalom gyakorlásához kapcsolódó" gazdasági „tevékenységeket" említő EK 45. cikk első bekezdésével megállapított rendelkezés a modern közhatalmon mint jelenségen belül egy *idegen testre* utal. A köz- és a magánszféra, vagy ha úgy tetszik, az állam és a társadalom modern politikai világban jellemző elkülönítése folytán a közhatalom gyakorlásának terepeként jellemzett három hatalmi ágon kívül alapvetően nem léteznek közhatalom gyakorlásához kapcsolódó tevékenységek. Egy olyan magánjellegű (de legalábbis nem állami monopólium alatt álló) gazdasági tevékenység, amelyre ennek ellenére jellemző a közhatalom gyakorlása, némileg *váratlan* jelenség a Szerződés szövetében. Azonban mégis ugyanezt a megfogalmazást találjuk az EUMSZ 51. cikkben (korábban EK 45. cikk első bekezdése), de már az EGK-Szerződés első, 1957-es változatában is. Emellett ugyanezt a rendelkezést megtaláljuk az Európai Szabadkereskedelmi Társulást létrehozó egyezmény 23. és 27. cikkében is.

81. Természetes azt feltételeznünk, hogy az említett rendelkezésnek az elsődleges jog fejlődése során tapasztalt állandó jelenléte valamilyen célt szolgál, valamilyen mögöttes eszmét fejez ki[54]. Ennek egyetlen logikus

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

magyarázata az, hogy a tagállamok mint a Szerződések alkotói, talán saját jogi kultúrájuk és hagyományaik alapján, figyelemmel voltak arra, hogy közülük számos állam jogrendjében léteznek olyan, a közhatalom gyakorlásával kapcsolatos tevékenységek, amelyeket ugyanakkor nem állami hatóságok fejtenek ki, hanem, éppen ellenkezőleg, azok gazdasági tevékenységek formáját öltik, vagy azokat gazdasági szereplők folytatják. Némileg megkérdőjelezhető lenne annak az érvelésnek a szilárdsága, amely arra a következtetésre jutna, hogy egyetlen ilyen létező tevékenységet *sem tudunk felidézni*.

Arra az esetre azonban, ha a tagállamok a fenntartásuk mellett döntenek, a Szerződés közvetlenül kiveszi azokat a letelepedés szabadságának hatálya alól. Ebben az értelemben a vizsgált rendelkezést akár egy választható *stand still* klauzulához is lehetne hasonlítani.

c) Az arányosság elvének alkalmazása

82. Más kérdés, hogy az EK 45. cikk első bekezdését úgy is lehet értelmezni, hogy az felhatalmazza a tagállamokat a politikai hatalom meghatározatlan vagy általános magánosítására (amolyan furcsa *viszonzásként*), amely így „gazdasági tevékenység” formáját ölti. Álláspontom szerint azonban erről nincs szó. Éppen ellenkezőleg, az EK 45. cikk első bekezdését nem úgy kell vizsgálni, mint egy jövővel rendelkező rendelkezést, hanem mint egy rendelkezést, amelynek múltja van. Az EK 45. cikk első bekezdésének feltehetően legtalálóbb olvasata az, hogy a Szerződés egy olyan gazdasági tevékenységet kívánt a letelepedés szabadságának körén kívül rekeszteni, amelynek célja valamilyen formában kivételesen továbbra is kapcsolódik a közhatalom gyakorlásához. A Szerződés természetesen biztosítja a tagállamok számára, hogy teljesen szabadon dönthessenek e gazdasági tevékenységek fenntartásáról vagy megszüntetéséről.

83. A jelen eljárás során a tagállamok arra hivatkoznak, hogy az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése tekintetében nincs helye arányossági teszt alkalmazásának. E kijelentésükkel az alperesek és a beavatkozók arról próbálják meggyőzni a Bíróságot, hogy az EK 45. cikk első bekezdésében foglalt feltételek megvalósulása esetén nincs helye mérlegelésnek, amely lehetővé tenné a szabály fokozatos alkalmazását. Az arányosság elvének a szabadságok tekintetében fennálló kivételekkel kapcsolatosan pedig éppen a fokozatosság érvényesítése a szerepe, eszközként szolgál ugyanis annak megállapításához, hogy egy szabadság milyen mértékű korlátozása válhat szükségessé a közbiztonság, a közrend,

illetve a közegészség jogos céljainak eléréséhez[55]. Az alperes tagállamok egyetértenek abban, hogy az EK 45. cikk első bekezdésére nem alkalmazható az arányosság elvén alapuló vizsgálat, az ugyanis egy kételemű rendelkezés: vagy érvényesül, vagy nem, azonban semmilyen mérlegelési jogkört nem biztosít a jogalkalmazó számára.

84. A Bíróság eddigi ítélkezési gyakorlatában valahányszor felmerült az EK 45. cikk első bekezdésének értelmezése, a vizsgálat mindig annak tisztázására korlátozódott, hogy a vizsgált tevékenység közvetlen, illetve tényleges részvételt jelent-e a közhatalom gyakorlásában. Ugyanakkor, amint a későbbiekben majd részletesen kifejtem, szükséges kiemelni, hogy a Bíróságnak mindezidáig egyszer sem volt szüksége arra, hogy tovább lépjen az EK 45. cikk első bekezdésének alkalmazása által megkövetelt vizsgálat első lépcsőjén, mivel minden alkalommal elegendő volt az első fogalmi megközelítés, amelynek alapján meg tudta állapítani, hogy a vizsgált tevékenység nem vesz részt a közhatalom gyakorlásában. Más szóval a Bíróság az EK 45. cikk első bekezdésével kapcsolatos, általa vizsgált ügyeket a „közhatalom" kategóriája fogalmi felépítésének részletes vizsgálata nélkül is el tudta bírálni[56]. A kapcsolat fennállásának megállapítását azonban a Bíróságnak részletesen meg kell indokolnia. E második szinten az értelmezés annak meghatározására irányul, hogy a vizsgált tevékenységnek a közhatalom gyakorlásában való részvétele mértékére figyelemmel a vitatott nemzeti rendelkezés szükséges-e az EK 43. cikkben és az EK 45. cikk első bekezdésében meghatározott célok eléréséhez.

85. Erre tekintettel arra a következtetésre juthatunk, hogy az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése mégiscsak alávethető egy arányossági tesztnek.

86. A hivatkozott rendelkezések összefüggésében az arányossági teszt alkalmazása adott esetben a Bíróság ítélkezési gyakorlatában alkalmazotthoz[57] hasonló vizsgálat révén történik, amely 1) egyrészről az alkalmazott intézkedés hatását mérlegeli, másrészről pedig azt, hogy 2) a szóban forgó tevékenység milyen mértékben vesz részt a közhatalom gyakorlásában. Minél közvetlenebb és közelibb a részvétel, annál több fajta intézkedés tartozik az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá. Minél kevésbé közvetlen, annál kevesebb fajta, illetve enyhébb intézkedés igazolható a vizsgált rendelkezés értelmében.

55 – Az EK 46. cikk első bekezdése. Amint az az erre vonatkozó terjedelmes ítélkezési gyakorlatból kiderül, a Bíróság e rendelkezést egy arányossági teszt alkalmazásával értelmezte ügyről-ügyre haladva. A legutóbbi ítéletek közül lásd a C-196/04. sz., Cadbury Schweppes és Cadbury Schweppes Overseas ügyben 2006. szeptember 12-én hozott ítélet (EBHT 2006., I-7995. o.) 61. és azt követő pontjait és a C-452/04. sz. Fidium Finanz ügyben 2006. október 3-án hozott ítélet (EBHT 2006., I-9521. o.) 46. pontját. Az arányosság elvéről és annak a szabadságokkal kapcsolatos mérlegelésben betöltött szerepéről lásd Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2. kiadás, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, 193. és azt követő oldalak, valamint Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milánó, 1998., 103. és azt követő oldalak.

56 – Lásd többek között Henssler, M. és Filian, M., Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, *Europarecht*, 2005., 192. és azt követő oldalak.

57 – Lásd az 55. lábjegyzetben hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

2. Részvétel a közhatalom gyakorlásában

a) A Bíróság ítélkezési gyakorlata

87. Az EK 43. cikkel és az EK 45. cikk első bekezdésével kapcsolatos jelenlegi ítélkezési gyakorlat vizsgálata során először is azt emelhetjük ki, hogy a Bíróság következetesen hangsúlyozta a megszorító értelmezés szükségességét. Már az 1974-es Reyners-ügyben[58] egyértelművé tette, hogy ítélkezési gyakorlatában nagyon szűk területre fogja korlátozni a rendelkezés alkalmazhatóságát. E megközelítést támasztja alá az a tény, hogy több mint fél évszázadot átölelő ítélkezési gyakorlattal és több mint tizenöt ítélettel a háta mögött a Bíróság még egyszer sem állapította meg, hogy valamely tevékenység az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá tartozna.

88. Másodsorban, az ítélkezési gyakorlat azt is egyértelművé tette, hogy egy „tevékenység" nem feleltethető meg egy „szakmának". Erre figyelemmel az, hogy egy tevékenység részvételt jelent a közhatalom gyakorlásában, *önmagában* még nem feltételezi azt, hogy az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése kiterjedne a szóban forgó szakember által folytatott valamennyi tevékenységre. Ezen érvelés alapján jutott a Bíróság arra a megállapításra, hogy kizárólag abban az esetben korlátozható az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya és alkalmazhatósága egy teljes szakma tekintetében, ha a közhatalommal kapcsolatos tevékenységek nem választhatók el a többi tevékenységétől. A Bíróság a hivatkozott Reyners-ügyben hozott ítéletében megállapította, hogy nem hozható döntés az adott szakma egésze tekintetében, „ha egy független szakma keretein belül a közhatalom gyakorlásának esetlegesen részét képező tevékenységek elválaszthatóak az adott szakmai tevékenységek együttesétől"[59].

89. Harmadsorban, a Bíróság a Reyners-ügyben rögzítette, hogy az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya „csak azokra a tevékenységekre korlátozódik, amelyek önmagukban közvetlen és sajátos részvételt jelentenek a közhatalom gyakorlásában"[60], és a tagállamok e tekintetben nem fogadhatnak el olyan egyoldalú rendelkezéseket, amelyek kiterjesztik vagy korlátozzák az EK-Szerződés említett rendelkezéseinek hatályát[61].

90. Végezetül a Bíróság ítélkezési gyakorlatából kiemelendő negyedik és utolsó pont, hogy meg kell vizsgálni az egyes tevékenységek keretében ellátott sajátos tevékenységeket az adott ügy konkrét körülményeihez szorosan kapcsolódó elemzés keretében, ez pedig megköveteli a Bíróságtól, hogy alaposan

58 – A 2/74. sz. Reyners-ügyben 1974. június 21-én hozott ítélet (EBHT 1974., 631. o.).

59 – A fent hivatkozott ítélet 47. pontja.

60 – A fent hivatkozott ítélet 45. pontja.

61 – A 147/86. sz., Bizottság kontra Görögország ügyben 1988. március 15-én hozott ítélet (EBHT 1988., 1637. o.) 8. pontja.

mélyedjen el olyan nemzeti jogi rendelkezésekben, amelyeket nem mindig könnyű értelmezni. A Reyners-ügyben hozott ítéletből egyértelműen kiderül, hogy az EK 45. cikk első bekezdésének alkalmazásához szükséges jellemzőket „minden egyes tagállam esetében külön kell vizsgálni, szem előtt tartva e szakma szervezetére és gyakorlására alkalmazandó nemzeti rendelkezéseket”[62]. E követelmény hozzájárult ahhoz, hogy a Bíróság ítélkezési gyakorlata egyedi eseteken alapul, nem különösebben terjengős, és rendkívül szorosan kapcsolódik az egyes tevékenységek sajátosságaihoz. Olyannyira, hogy a Bíróságnak egyetlen olyan döntése sincs, amelyben kidolgozta volna a „közvetlen”, a „sajátos” vagy akár a „közhatalom” fogalmát.

91. Ezen ítélkezési gyakorlat gyakorlati következményeit figyelembe véve – amint már előzőleg is jeleztem – azt tapasztaljuk, hogy a Bíróság eddigi döntéseiben még egyetlen alkalommal sem állapította meg, hogy valamely tevékenység közvetlen és sajátos részvételt jelentene a közhatalom gyakorlásában[63].

Az ügyvédi hivatás[64], az oktatás, illetve a magánoktatási intézmények igazgatása[65], a közigazgatás informatikai rendszereinek működtetése[66], a biztosítási biztosok[67] munkája, a gépjármű-ellenőrzéssel kapcsolatos tevékenység[68], a fogadószelvények és lottók értékesítése[69], a személy- és vagyonvédelem[70], a mentési közszolgáltatások[71], illetve az ökológiai termelésből származó mezőgazdasági termékeket ellenőrző szervezetek tevékenysége[72] olyan tevékenységek, amelyeket a Bíróság már vizsgált, és mindegyik esetben arra a megállapításra jutott, hogy ezek a tevékenységek az EK 45. cikk első bekezdése értelmében nem kapcsolódnak a közhatalom gyakorlásához[73].

62 – A fent hivatkozott ítélet 49. pontja.

63 – A Németországi Szövetségi Köztársaság álláspontja szerint a C-55/93. sz. Van Schaik-ügyben 1994. október 5-én hozott ítéletében (EBHT 1994., I-4837. o.) a Bíróság arra a következtetésre jutott, hogy az ott vizsgált gazdasági tevékenység részt vesz a közhatalom gyakorlásában. Ezen ítéletében, egészen pontosan annak 16. pontjában a Bíróság megállapította, hogy a más tagállamokban létrehozott autójavító műhelyek vizsgálati jogosultságának adott tagállam által történő engedélyezése valamely közhatalmi jogosítvány adott tagállam területén kívülre történő kiterjesztésének minősül. A Bíróság arra a következtetésre jutott, hogy az engedély kiadására vonatkozó jogosultság gyakorlása, és nem az engedélyezett gazdasági tevékenység jelenti a közhatalom gyakorlásában való részvételt.

64 – A fent hivatkozott Reyners-ügyben hozott ítélet.

65 – A fent hivatkozott Bizottság kontra Görögország ügyben hozott ítélet.

66 – A C-3/88. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1989. december 5-én hozott ítélet (EBHT 1989., 4035. o.).

67 – A C-42/92. sz. Thijssen-ügyben 1993. július 13-án hozott ítélet (EBHT 1993., I-4047. o.).

68 – A C-438/08. sz., Bizottság kontra Portugália ügyben 2009. október 22-én hozott ítélet (EBHT 2009., I-10219. o.) és fent hivatkozott Van Schaik-ügyben hozott ítélet.

69 – A C-272/91. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1994. április 26-án hozott ítélet (EBHT 1994., I-1409. o.).

70 – A C-114/97. sz., Bizottság kontra Spanyolország ügyben 1998. október 29-én hozott ítélet (EBHT 1998., I-6717. o.); a C-355/98. sz., Bizottság kontra Belgium ügyben 2000. március 9-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-1221. o.); a C-283/99. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2001. május 31-én hozott ítélet (EBHT 2001., I-4363. o.) és a C-465/05. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2007. december 13-án hozott ítélet (EBHT 2007., I-11091. o.).

71 – A C-160/08. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 2010. április 29-én hozott ítélet (EBHT 2010., I-3713. o.).

72 – A C-404/05. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 2007. november 29-én hozott ítélet (EBHT 2007., I-10239. o.) és a C-393/05. sz., Bizottság kontra Ausztria ügyben szintén 2007. november 29-én hozott ítélet (EBHT 2007., I-10195. o.).

73 – Ez azonban nem jelenti azt, hogy a Bíróság sohasem foglalt volna állást olyan gazdasági tevékenységekkel kapcsolatban, amelyek esetlegesen az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá tartoznak, például a fent hivatkozott Van Schaik-ügyben vagy az EK-Szerződésnek a munkavállalók szabad mozgásáról rendelkező 39. cikke (4) bekezdésével kapcsolatban, ezekben *obiter dicta* egyértelmű utalásokat találunk olyan tevékenységekre, amelyek elméletileg kapcsolódhatnak a közhatalom gyakorlásához, mint például a közrend fenntartásával és az okiratok hitelesítésével kapcsolatos tevékenységek a C-405/01. sz. Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española ügyben 2003. szeptember 30-án hozott ítéletben (EBHT 2003., I-10391. o.).

b) A közhatalom fogalmának részletesebb meghatározása iránti igény

92. Amint az imént kifejtettem, az ítélkezési gyakorlatban nem sok támpontot találunk az EK-Szerződés említett rendelkezésében szereplő „közhatalom" természetének és minőségének vizsgálatához. Az EK 45. cikk első bekezdése szerinti értelemben vett közhatalom jelentésének meghatározása során[74] elkerülhetetlenül a közhatalom eszméjének mint az államelmélet általános kategóriájának bizonyos fajta *előzetes megértéséből* kell kiindulnunk, amelybe fogalmilag szükségszerűen az Európai Unió mint az államok közössége is beletartozik[75].

93. Ebben az értelemben a „közhatalom" mindenekelőtt „hatalom", vagyis egy leküzdhetetlen akaratnak megfelelő magatartásra való kötelezés képessége. Általánosan elfogadott értelmezése szerint és legtágabb értelmében véve, ezzel a képességgel kizárólag az állam, vagyis az az intézmény rendelkezik, amely a jogrendet mint a törvényes kényszer igazgatásának és irányításának eszközét testesíti meg[76]. A közhatalom tehát az uralkodó hatalma, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. Ez azt jelenti, hogy az államban csak a közhatalom által irányított törvényes kényszer létezik. Ez pedig vagy az állam létezését és céljainak (közérdek) elérését szolgálja, vagy az egyes magánszemélyek mások magatartása tekintetében támasztott jogos elvárásainak (magánérdek) érvényesülését biztosítja. Utóbbi esetén mindig tiszteletben kell tartani az előzetesen meghatározott feltételeket[77].

95. Az állam által irányított és kisajátított kényszer célja kétségtelenül az egyik fő szempont a közhatalom és az egyének közötti határvonal meghúzása során. A közhatalomnak biztosítania kell a közrend azon céljainak elérését, amelyek a kormányzó hatalom által megállapított adott államforma – Európában jellemzően a szociális és demokratikus jogállam – legitimációjának alapját képezik.

74 – E fogalomnak számtalan változata létezik, amelyek egyébként különbségtétel nélkül két olyan kifejezést alkalmaznak, amelyek elméletben különböző jelentésbeli árnyalatokat fejeznek ki, ezek az „autoridad" és a „poder público" kifejezések. Az „autoridad" használatos a francia („l'exercice de l'autorité publique"), az angol („the exercise of official authority"), a portugál („exercício da autoridade pública"), a román („exercitării autorității publice") és a máltai („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika") változatban, míg a spanyol („ejercicio del poder público"), a német („Ausübung öffentlicher Gewalt"), az olasz („esercizio dei pubblici poteri") és a svéd („utövandet av offentlig makt") változat a „poder público" kifejezést részesíti előnyben.

75 – Jóllehet e fogalom jelentésének meghatározása során az utolsó szónak az uniós jogot kell illetnie, ismeretes, hogy a Bíróság mint az uniós jog legfőbb értelmezője valamely fogalommeghatározás kialakítása során mindig a vizsgált fogalom különböző nemzeti megközelítéseiből indul ki. Lásd többek között Schlag, M., „Art. 45", *EU-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2. kiadás, Nomos, Baden, 2009.

76 – Lásd többek között, egy terjedelmes szakirodalom részeként Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torinó, 1962.

77 – Nyilvánvalóan figyelmen kívül marad az a kényszer, amelyet egy másik állam sajátít ki magának, és amely párhuzamosan fennáll az első állam által alkalmazott kényszerrel, feltéve hogy azok tiszteletben tartják a szuverenitás nemzetközi jog által meghatározott területeit.

A magánszemélyek ezzel ellentétben egyéni szabadságuk gyakorlása során törekedhetnek magánérdekeik érvényesítésére. E tevékenységükkel ugyanakkor, esetlegesen és a jogrend által megállapított feltételek mellett, akár a közhatalom által irányított kényszert is szolgálhatják, amely ennek során közérdeknek nem minősülő érdekek által követett célok megvalósításának eszközeként működik.

96. Mindazonáltal, a közhatalom meghatározása során hagyományosan alkalmazott feltételek közül a legalapvetőbb a közhatalom egyoldalú akaratérvényesítő képessége, amelyhez nincs szükség a kötelezett beleegyezésére. Ezzel ellentétben egy magánszemély kizárólag a másik magánszemély beleegyezésével fogadtathatja el akaratát a másikkal.

97. Ugyanakkor a dolgok nem ilyen egyszerűek, ha egy demokratikus államról van szó – mint a Bíróság által vizsgált valamennyi esetben. Ilyen körülmények között a beleegyezés valamilyen formája végső soron mindig elengedhetetlen. Másrészről finomítani kell azt a megállapítást is, hogy a közhatalom gyakorlója akaratának érvényesülése nem kezdhető ki. A jogállam esetében – és ide kell sorolnunk az Európai Uniót is – tulajdonképpen nincs olyan közhatalmi aktus, amelyet ne lehetne felülvizsgálni. Valójában a demokratikus állam szuverén hatalma ebből a szempontból vizsgálva inkább *auctoritas*, mint tiszta *imperium*[78]. Az nem más tehát, mint éppen az engedelmességre köteles alanyok akaratából gyakorolt uralkodói hatalom, amelyet az uralkodói akarat eredendő legitimitása, nem pedig pusztán a fizikai kényszerrel való fenyegetés biztosít[79].

98. Ez, ilyen körülmények között, annyit tesz, hogy a közhatalom nem abszolút, hanem relatív fogalom, amelynek különböző fokozatai vannak[80]. Minél könnyebben kikényszeríthető egy magatartás, annál közelebb áll az adott tevékenység a közhatalom gyakorlásához, azonban sohasem lehet szó a puszta és megkérdőjelezhetetlen kényszerről.

99. A fenti okoknál fogva a követett cél (közérdek/magánérdek) vagy a kényszerrel biztosított kötelezettség előírásának módja (egyoldalú/kétoldalú) olyan szempontok, amelyekre támaszkodva az általunk alkalmazott megközelítés elkerülhetetlenül ingoványos talajra vezet. Különösen pontatlan fogalmakba

78 – Mint az köztudott, a szuverenitás valójában olyan minőség, amelyet az állam ölt magára, és azt egyetlen szerve sem követelheti magának, hiszen azok, csakúgy, mint maga az állam, az alkotmányon alapulnak: „Kizárólag az alkotmányon nyugvó állam tekinthető államnak", „es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert" (Häberle, P., Europäische Verfassungslehre, 6. kiadás, Nomos, Baden-Baden, 2009., 187. o., R. Smend és A. Arndt gondolatait megismételve). Az alkotmányos államban nincs szuverén uralkodó, mivel a szuverenitás az állam mint egység sajátossága; Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates,* Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg, 1975.

79 – Ez az eredendő legitimitás kiegészül annak az eljárási logika alapján való gyakorlásából eredő legitimitással. E tekintetben lásd Luhmann, N., *„Legitimation durch Verfahren"*, Ed. Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1969.

80 – E tekintetben lásd például Chr. Tomuschat fent hivatkozott művét, 69. o.

ütközünk, amelyek ki vannak téve a viszonylagos nagyságrendek szeszélyének, éppen ezért az objektivitás minimuma sem tételezhető fel róluk. E szempontok természetesen továbbra is alkalmazhatók, ha a közhatalom gyakorlásának kétségbevonhatatlan eseteivel állunk szemben, mint a szuverén előjogok érvényesítéséhez legközvetlenebb módon kapcsolódó tevékenységek esetében (hadsereg, rendőrség, igazságszolgáltatás, kormányzás). Azok azonban nem elegendőek azon egyéb közfeladatok minősítéséhez, amelyek kevésbé közvetlen módon kapcsolódnak a kényszer alkalmazásához, ugyanakkor minőségileg különböznek a magántevékenységektől.

100. Ezt a gondolatmenetet követve tekintetbe kell venni azt, hogy a modern állam egy sokkal kifinomultabb hatalmi rendszer formáját ölti, mint a korábban ismert államok. Ez utóbbiak a fizikai hatalom igazgatására korlátozódtak, amelyhez az annak alkalmazására vonatkozó rendkívül egyszerű feltételek meghatározására irányuló eljárásokat alkalmaztak. Erre figyelemmel ahhoz, hogy a közhatalom jelenségét teljes komplexitásában megérthessük, ma már gyakorlatilag elengedhetetlen olyan közhatalom-fogalmat használni, amely az adott ország jogrendjének logikáján alapul.

101. E gondolatmenet szerint a jogrendszer a törvényes hatalom irányításának olyan folyamatát testesíti meg, amely, amennyiben szükséges, az említett kényszer konkrét esetben történő alkalmazásával zárulhat. Így lévén, kénytelenek vagyunk elfogadni, hogy a rendszer által végül alkalmazott aktusok – vagyis amikor a törvényes hatalom olyan aktushoz vezet, amely véglegesen lezárja ezt a folyamatot – tűnnek a jogrend legteljesebb kifejeződésének[81].

102. E felvetés alapján, annak meghatározása során, hogy valamely aktus a közhatalomból ered-e, az lesz a meghatározó szempont, hogy az milyen jellegű kapcsolatban áll az állam jogrendjével. Pontosabban, valamely tevékenység attól függően minősül a közhatalom gyakorlásában résztvevő tevékenységnek, hogy mennyire ágyazódik be – milyen mértékben *kapcsolódik* – az említett jogrendszerbe. Éppen ezért nem az említett rendszernek való puszta megfelelés a szempont, hanem az, hogy annak aktusaként hogyan illeszkedik a jogrendbe[82].

81 – A jogrendszert a szuverén hatalmat kifejező alapvető pozitív szabályhoz visszavezető betudások sorozatának tekintő felfogásról lásd, példákon keresztül Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2. kiadás, Deuticke, Bécs, 1960.

82 – Ebből következően annak vizsgálatához, hogy egy meghatározott tevékenység részt vesz-e a közhatalom gyakorlásában, vagy sem, nem szükséges azt besorolni a három hatalmi ág és/vagy állami funkció, vagyis a törvényhozás, a végrehajtás vagy az igazságszolgáltatás – különösen ez utóbbi – alá, amint ez a jelen eljárás során kifejtett ellenérvekből is kitűnik.

103. Ebben az értelemben az igazságszolgáltatás tekinthető a közhatalom legjellemzőbb megnyilvánulásának. Döntéseivel valójában véglegesen megállapítja a jogot, és így azok tulajdonképpen összevegyülnek a jogrenddel[83]. Ugyanakkor erre a megközelítésre figyelemmel azt is mondhatnánk, hogy az minősül a közhatalom gyakorlójának, akinek aktusai *iurisdictio* nélkül is rendelkeznek ezzel a státusszal. Először is, a törvény saját jogán minősül végrehajthatónak, csakúgy mint a közigazgatási rendelkezés vagy a bűnüldöző szervek parancsa. Olyan aktusokról és rendelkezésekről van szó, amelyekkel szemben helye van bírósági felülvizsgálatnak, azonban sohasem szükséges „felhatalmazás" ahhoz, hogy azonnal kifejtsék joghatásukat.

104. Az előbbiekből kiindulva egyértelmű, hogy egyetlen magánszemély sem képes a közhatalom közreműködése nélkül harmadik személyt kötelező jogi aktusok meghozatalára. Arra figyelemmel, hogy a magánszemélyek nem alkalmazhatnak kényszert, saját jogaik érvényesítése során mindig szükségük van a közhatalom felhatalmazására. A közhatalom feladata ezekben az esetekben nem korlátozódik arra, hogy *felülvizsgáljon* egy önmagában harmadik személy tekintetében kötőerővel rendelkező joghatás kiváltására alkalmas aktust, mint például a közigazgatás, a kormány vagy a jogalkotó hatalom aktusai esetében. Éppen ellenkezőleg, a közhatalom gyakorlója ezekben az esetekben úgy jár el mint a magánszemély által harmadik személlyel szemben érvényesíteni kívánt kötelezettséget keletkeztető hatóság. Így tehát olyan kötelezettségekről van szó, amelyek akarategységből (szerződés/rendelkezés elve) eredhetnek, de a magánszemély azok teljesítését állami beavatkozás nélkül nem kényszerítheti ki.

105. Éppen ezért, és az előzőekben kifejtettekből következően, az absztrakció adott eset által megkövetelt szintjére figyelemmel megállapítható, hogy a különböző nemzeti hagyományok által a közhatalom tekintetében számon tartott jellemzők között megtalálható az a képessége is, hogy valamely aktust, rendelkezést vagy magatartást az állam jogrendszeren keresztül kifejezett akaratának tulajdonítson. Ez pedig valójában az említett hagyományok legkisebb közös nevezője, azok ugyanis a köz-és magánszféra közötti választóvonal kijelölése során meghatározó szempontnak tekintik egy konkrét akaratnak az állam akaratával történő azonosítását.

106. A fenti megfontolások alapján valamivel nagyobb biztonsággal közelíthetjük meg a közjegyzői tevékenység által felvetett központi kérdést.

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

3. A letelepedési szabadság negatív hatálya alá tartozik-e a közjegyzői tevékenység, pontosabban a hitelesítési tevékenység?

107. Mindazonáltal fel kell hívnom a Bíróság figyelmét az alábbiakra. Azt a kérdést, hogy a közjegyzői tevékenység a letelepedés szabadságának – általunk használt megfogalmazásban – „negatív hatálya" alá tartozik-e, nemcsak hogy nem válaszolta meg a Bíróság ítélkezési gyakorlata – erről itt szükségtelen is szót ejteni –, azt heves és kimerítő vita előzte meg, amely számottevően tükröződött az írásbeli észrevételekben és az ez év április 27-én megtartott tárgyaláson is. Való igaz, hogy az ítélkezési gyakorlat bizonyos megállapításai a pozitív választ tűnnek alátámasztani[84]. Azonban nem jelenthető ki, hogy a Bíróságnak lett volna alkalma e kérdést az ehhez megkövetelt alapos vizsgálatnak alávetni.

108. A vita heves és kimerítő jellegét tükrözik az Európai Parlament különböző időpontokban megfogalmazott állásfoglalásai[85]. Ugyanez elmondható a 2005/36 irányelv már idézett (41) preambulumbekezdéséről, függetlenül annak kisebb-nagyobb kétértelműségétől, amelyre a későbbiekben még visszatérek. Mindenesetre nyilvánvaló, hogy ezen megnyilvánulások egyike sem helyettesítheti és nem is tehermentesítheti a Bíróságot azon feladatának ellátása során, hogy a Szerződések értelmezésével kapcsolatban ő mondja ki az utolsó szót.

a) A hitelesítés mint az alperes tagállamok közjegyzőinek központi tevékenysége

109. Akárhogy is legyen, elsőként arra kell emlékeztetnem, hogy mind a tagállamok, mind pedig a Bizottság elismeri, hogy a közjegyzői tevékenység központi eleme a hitelesítési jogosítvány és az ahhoz fűződő hatások: a végrehajthatóság és a bizonyító erő. Egyes tagállamok, mint például Belgium és Ausztria, kiemeltek néhány, közhatalmi elemeket hordozó kiegészítő tevékenységet, amelyet jogrendszerükben a közjegyzők látnak el.

84 – A fent hivatkozott Colegio de Oficiales de la Marina Mercante ügyben a Bíróság egy egyébként az EK 39. cikk (4) bekezdését érintő tényállással kapcsolatban kimondta, hogy „a spanyol jog […] a hitelesítés és a személyi állapot tekintetében olyan jogosítványokat biztosít, amelyek nem igazolhatók pusztán a hajó irányításához kapcsolódó követelményekkel. E funkciók részvételt jelentenek a közhatalmi jogosítványok gyakorlásában a lobogó szerinti állam közérdekeinek védelme érdekében" (42. pont).

85 – Lásd az Európai Parlament 1994. január 18-i és 2006. március 23-i állásfoglalásait, amelyek megállapították, hogy a közjegyzői szakma gyakorlása közvetlen és sajátos részvételt jelent a közhatalom gyakorlásában. A 2006-os állásfoglalás különösen világosan rögzíti, hogy a Parlament „úgy ítéli meg, hogy a Szerződés 45. cikkét teljes mértékben alkalmazni kell a közjegyzői hivatásra mint olyanra", és e megállapítást arra a tényre alapozza, hogy „az államhatalom részleges átruházása a közjegyzői hivatás gyakorlásától elválaszthatatlan eredeti elem, és mivel azt ténylegesen rendszeresen gyakorolják, és az a közjegyző tevékenységeinek jelentős részét képezi".

Ugyanakkor valamennyi tagállam és a Bizottság is egyetért abban, hogy a hitelesítés, annak járulékos hatásaival együtt, egyértelműen a szakma meghatározó tevékenysége, amely nélkül az értelmét vesztené.

110. Továbbá az, hogy ezt a hat kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetet egyesíteni lehetett a jelen indítvány elkészítése céljából, alapvetően annak köszönhető, hogy egy olyan „közjegyzői tevékenységről" van szó, amely valamennyi alperes tagállamban ugyanazt takarja. Más szóval, mind a hat tagállam tekintetében beszélhetünk egy központi „hitelesítési" tevékenységről, amelynek joghatásai a vizsgált jogrendszerekben nagymértékben megegyeznek. Természetesen a tagállamok szuverén hatalmában áll megváltoztatni ezt a helyzetet, akár úgy, hogy az állam a közigazgatásán keresztül maga veszi át és közvetlenül gyakorolja ezeket a funkciókat, akár úgy, hogy radikálisan meggyengíti a közokiratokkal kapcsolatos közjegyzői közreműködés joghatásait. Az előbbire példa Portugália – még a közjegyzői szakmával kapcsolatos változásokat megelőző időkből – és Baden-Württenberg; az utóbbira szintén Portugália hozható fel példaként, attól függően, hogy mennyire hozott mély változásokat az elmúlt évtizedben megvalósított reformfolyamat[86]. Összegzésképpen, a jelen keresetekben felvetődő kérdést bizonyos szakmai tevékenységeknek az adott tagállamban irányadó szabályozás figyelembevételével történő minősítése alapján kell megválaszolni. Az említett szabályozások módosítása nyilvánvalóan érintheti a Bíróság által adandó választ.

111. Ugyanakkor – a Reyners-ügyben hozott ítélet alapján, és ahogy azt már korábban is kifejtettem – itt szükséges felhívnom a figyelmet arra, hogy csak abban az esetben lehet kiterjeszteni a letelepedés szabadságának – általunk használt elnevezéssel élve – negatív hatályát egy teljes szakmára, ha „a közhatalom gyakorlásának esetlegesen részét képező tevékenységek [nem választhatók el] az adott szakmai tevékenységek együttesétől"[87]. Egyet kell tehát értenem a tagállamokkal és a Bizottsággal abban, hogy a hitelesítés, valamint joghatásai elválaszthatatlan elemei a közjegyzői tevékenység egységének. Erre tekintettel, amennyiben a Bíróság arra a következtetésre jut, hogy ez a tevékenység közvetlen és sajátos részvételt jelent a közhatalom gyakorlásában,

86 – A portugál közjegyzőket érintő konkrét üggyel kapcsolatban lásd a Bíróság előtt függőben lévő C-52/08. sz., Bizottság kontra Portugália ügyben a jelen indítvánnyal egy napon ismertetett indítványomat.

87 – A fent hivatkozott ítélet 47. pontja.

a közjegyzői tevékenység mint teljes szakma az EK 45. cikk első bekezdésében meghatározott tényállás hatálya alá tartozna.

112. A közjegyzők feladata mind a hat alperes tagállamban lényegében a közjegyzői okiratok kiállításából áll, amelyek két alapvető jellemzővel rendelkeznek: teljes bizonyító erejük van, és végrehajthatóak[88]. Egy valamennyi alperes tagállamra érvényes, és a jelen indítványban már ismertetettekre visszautaló jellemzés alapján elmondható, hogy a hitelesítés során a közjegyző a felek kérelmére jár el, és elvégzi az általa hitelesítendő okirat törvényességi vizsgálatát. Közreműködése a közokiratba foglalandó okirattól függően lehet kötelező vagy választható, és abban rögzítésre kerül, hogy valamennyi, az okirat kiállításához a jogszabály által előírt feltétel fennáll, továbbá a felek jog- és cselekvőképesek[89].

113. A közjegyzői közreműködéssel készült iratok teljes bizonyító erővel rendelkeznek, amely megegyezik a hatóságok által kiállított iratok bizonyító erejével, annak megdöntésére kizárólag bírósági eljárásban kerülhet sor. A közjegyző eljárásával szemben van helye jogorvoslatnak, de kizárólag egy különleges felülvizsgálati eljárás keretében[90].

114. A közokirat emellett az adott ország egész területén végrehajthatónak minősül. Így a közjegyzői okirat annak végrehajtása érdekében kötelezi az adóst (akit azonban szükséges értesíteni), mivel közvetlenül egy állami hatóság feladata annak megindítása. Amennyiben tiltakozik a végrehajtás ellen, az adós végrehajtási kifogásával bírósághoz fordulhat[91].

b) A hitelesítés mint részvétel a közhatalom gyakorlásában

115. A jelen kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetekben megfogalmazott tulajdonképpeni kulcskérdésre adandó válasz szinte nyilvánvalóan következik a fentiekben a közhatalom fogalmának meghatározása kapcsán kifejtettekből. Ha a modern állam egyik legjellemzőbb eleme a jogrendszerrel való kapcsolata, az a tény, hogy egy meghatározott tevékenység képes a jogrendszer formálására, döntő lehet a válasz kimunkálása során.

116. Engedjék meg, hogy felidézzek néhányat az említett megállapítások közül: az állam akarata a bírósági döntésekben nyilvánul meg

88 – Lásd a jelen indítvány 13., 20., 27., 34., 42. és 49. pontját.

89 – Lásd a jelen indítvány 14., 21., 28., 35., 36., 43. és 50. pontját.

90 – Lásd a jelen indítvány 15., 22., 29., 37., 44. és 51. pontját.

91 – Lásd a jelen indítvány 16., 23., 30., 38., 45. és 52. pontját.

végleges hatállyal, amelyet megelőzően azonban készülhetett olyan okirat, amely kiállítójának személyétől függően végrehajtható. Azt is láthattuk, hogy éppen a végrehajthatóságnak ez a közvetlensége a közhatalom azonosításának legmegbízhatóbb szempontja. Persze bíróság előtt minden végrehajtási cselekmény megtámadható, és ilyen esetben ismét a bíróságok hozzák meg a végső döntést. A bíróságok e békéltető szerepüket gyakorolhatják egy konkrét per, különösen az egymásnak feszülő – tipikusan a magánszemélyek más magánszeméllyekkel szemben fennálló jogain alapuló – magánjogi igények elbírálása során.

117. Erre figyelemmel – és ez az, ami számunkra a legfontosabb – adott nemzet jogrendje akár úgy is dönthet, hogy „elébe megy" a konfliktusnak, hogy megelőzze azt. Ezt pedig elérheti pusztán azzal, hogy – bizonyított jogi kötőerővel és benne foglalt végrehajtható minőséggel rendelkező – közokiratnak minősít bizonyos okiratokat és magánszemélyek olyan igényeit, amelyek önmagukban más módon nem rendelkeznének több értékkel, mint a magánjellegű ügyletek. E magánszemélyek okiratai kapcsán megvalósított állami közreműködés révén a közhatalom megbízhatósággal és bizonyossággal ruházza fel azokat, így csökkentve a bíróságok ügyterhét. Ettől függetlenül a bíróságok eljárása természetesen nem zárható ki, ha ennek ellenére mégis felmerül egy esetleges jogvita[92]. Ezt a közjegyzők munkáját jellemző békéltető, megelőző tevékenységet bizonyos mértékben helytelenül, ám nyilvánvalóan kifejező módon „megelőző igazságszolgáltatásként" jellemzik.

118. Más kifejezéssel élve, a jelen indítvány fenti 92. és 105. pontjában meghatározott fogalmi összefüggésben a közjegyzők a hitelesítés révén közvetlenül és sajátos módon közhatalmi jellegű tevékenységet folytatnak, abban az értelemben véve, hogy ezzel megelőlegezik a magánszemélyeknek a saját jogaik gyakorlásához szükséges felhatalmazást, amelyet utóbbiaknak egyébként esetenként kellene igényelniük. A közjegyző közreműködése felmentést biztosít a közhatalom egy másik gyakorlója közreműködésének szükségessége alól a közjegyző által hitelesnek minősített valóságelem érvényesítése során, és ezáltal olyan hivatalos, minősített jogi kötőerővel ruházza fel az okiratot, amelyet – ahogy egyébként minden más közhatalmi aktust – kizárólag bíróság előtt lehet vitatni. Nyilvánvalóan nem a bírósági felülvizsgálat alóli mentesség a közhatalmi jelleg meghatározó minősége, az egyébként is lehetetlen egy jogállamban, hanem az adott szerv aktusai

92 – E tekintetben lásd de Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

jogszerűségének minősített vélelme és következésképpen bizonyos fokú szigorúság az azok felülvizsgálatához szükséges feltételek megállapítása során.

119. Nyilvánvaló, hogy a közjegyző nem alkalmaz kényszert, és nem is ír elő egyoldalúan semmilyen kötelezettséget. Mindazonáltal láthattuk, hogy nem ez az egyetlen szempont a közhatalmi minőség megállapításakor. A hitelesítés hivatalos jelleget kölcsönöz a magánszemélyek okiratainak oly módon, hogy előzetesen jogi kötőerővel ruházza fel azokat, amelyért a közjegyző közreműködése nélkül a magánszemélyeknek szükségszerűen egy (másik) közhatalmat gyakorló szervhez kellene folyamodniuk annak érdekében, hogy azokat a jognak megfelelően érvényesíthessék. Fogalmazhatunk úgy is, hogy a közhatalom ezen formája a magánszemélyekhez közelebb eső területen bontakozik ki, amelyet a szó szoros értelmében az önálló akaratnyilvánítás jellemez. Azonban figyelemmel a hitelesítés azon jellemzőjére, hogy a tisztán magánjellegű aktusokat hivatalos aktussá alakítja, és ezáltal a közhatalomra jellemző kötőerővel ruházza fel azokat, megkérdőjelezhetetlenné teszik közhatalmi jellegét[93].

120. Más kérdés, hogy amennyiben elfogadjuk, hogy szigorú értelemben véve a közhatalom gyakorlásához lazább kapcsolat fűzi (a szuverén hatalom jogosítványaihoz való kötődése folytán), a közjegyzői tevékenység gyakorlása során kevésbé szigorú feltételek lehetnek irányadók, mint a szuverenitás kifejezésében nagyobb szerepet játszó hatóságok esetében.

121. Következésképpen, és amennyiben a hitelesítés közhatalmi funkciónak tekinthető, úgy vélem, hogy olyan tevékenységről van szó, amely közvetlen és sajátos részvételt jelent a közhatalom gyakorlásában, mivel jellegzetes minőséggel ruház fel olyan okiratokat, rendelkezéseket és magatartásformákat, amelyek egyébként annyi jogi kötőerővel rendelkeznének, mint valamely egyéni akarat kifejeződései. A Reyners-ügyben megalapozott ítélkezési gyakorlatnak a fenti következtetésre való alkalmazása alapján, továbbá tekintettel arra, hogy a közjegyzői tevékenységnek valamennyi alperes tagállamban elválaszthatatlan központi eleme a hitelesítés, meg kell állapítani, hogy a közjegyzői szakma általában és egészében tekintve közvetlen és sajátos részvételt jelent a közhatalom gyakorlásában.

122. Úgy vélem ugyanakkor, hogy ez a következtetés önmagában még nem teszi lehetővé, hogy megválaszoljuk a jelen kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetek első jogalapját.

93 – E tekintetben néhány tagállam kiemelt bizonyos szimbolikus sajátosságokat, amelyek alátámaszthatják az általam megfogalmazott tételt. Így például az, hogy egyes tagállamokban a közjegyzők letétben tartják és használják az állam hivatalos bélyegzőjét. Ugyanilyen árulkodó megnyilvánulása a közjegyzők közhatalmi funkciójának néhány esetben a végrehajtási záradék szövege, amely például Franciaországban így szól: „En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis".

4. Az állampolgársági kikötés az arányosság elvének viszonylatában

123. Az alperes tagállamokban gyakorolt közjegyzői szakmát mindezidáig funkcionális szempontból vizsgáltam. Ugyanakkor a Bizottság a kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetet a közjegyzők jogállásának egyik szélsőséges elemére, az állampolgársági kikötésre alapította. Innentől fogva azonban azt kell kiderítenünk, hogy azáltal, hogy a közjegyzői szakma a letelepedés szabadságának „negatív hatálya" alá tartozik, elkerülhetetlenül jogossá válik-e az említett kikötés. Mondhatnánk úgy is, amint azt korábban említettem, hogy a Bíróságnak el kell végeznie egy arányossági tesztet, amelynek során egyrészt az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetést, másrészt pedig a közjegyzői tevékenységnek a közhatalom gyakorlásával fennálló kapcsolata mértékét kell mérlegelnie.

a) A közjegyzők jogállása

124. Bizonyos, hogy a funkció a jogálláshoz igazodik, és ez a jogállás igazolja a funkció minősítését. A közjegyzők tehát köztisztviselők, akik az államot képviselik, annak ellenére, hogy tevékenységük szabad foglalkozásnak minősül. A közjegyzők kinevezése tartós, és a közhatalom nevében tevékenykedő személyekre irányadó fegyelmi eljárás hatálya alá tartoznak[94].

125. A közjegyzők és az állam közötti kapcsolat hivatalos jellege különösen hangsúlyozza a közhatalomhoz való kötődésüket. Ez egy olyan kapocs, amely a tevékenység megkezdésekor jön létre, tekintettel arra, hogy a közjegyzőknek a tisztviselői kar számára előírthoz hasonló felvételi vizsgákat kell tenniük, és ugyanúgy követelmény a hivatali eskü letétele is. A közjegyzők jogállása éppen ezért kifejezi a köztük és az állam közötti kapcsolat intézményes jellegét, ezáltal pedig lehetővé teszi, hogy előbbiek a magánokiratokkal kapcsolatos közreműködésük révén kinyilváníthassák az állam akaratát.

126. Az említett kapcsolatra figyelemmel az alperes tagállamok jogrendszerükben bevezették azt a követelményt, hogy kizárólag az adott tagállam állampolgárai gyakorolhatják a közjegyzői szakmát. Ez a követelmény, amely bevezeti az állampolgárság alapján történő közvetlen hátrányos megkülönböztetést, és egyértelműen a közjegyzői szakmát gyakorlók személyi jogállásának részét képezi, az az elem, amely a Bizottság álláspontja szerint sérti az EK 43. cikket és az EK 45. cikk első bekezdését, továbbá, amint azt az alábbiakban kifejtem, amelyet arányossági tesztnek kellene alávetni.

94 – Lásd a jelen indítvány 18., 25., 32., 40., 47. és 54. pontját.

b) Az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés az EK 43. cikkre és az EK 45. cikk első bekezdésére figyelemmel

127. Amint a jelen indítvány 83–86. pontjában kifejtettem, az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének alkalmazása során nemcsak azt kell vizsgálni, hogy valamely tevékenység részét képezi e a közhatalom gyakorlásának, hanem – a továbbiakban – azt is, hogy a tagállam által alkalmazott intézkedés az arányosság elvére figyelemmel igazolható-e az említett két rendelkezés által megvalósítani kívánt célokkal.

128. Elsősorban azt szükséges kiemelni, hogy az EK 45. cikk első bekezdése – az eddig lehetővé tett „spontán" értelmezése és az ítélkezési gyakorlat következőkkel ellentétes esetleges megállapításai ellenére[95] – semmilyen formában nem utal az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetésre. Éppen ezért fenntartásokkal kell kezelni az EK 45. cikk első bekezdésének az állampolgársági követelményekkel való hagyományos társítását, mivel ez az összefüggés csupán a Bíróság által eddig elbírált ügyekből következik, és az semmiképpen sem következhet e kettő *szükségszerű* összekapcsolódásából[96]. Fontos kiemelni, hogy bár az EK 45. cikk első bekezdése eredeti szövegének elfogadása óta nem módosult, a Szerződés lényeges módosításokon ment keresztül. Az EK 45. cikk első bekezdésének első olvasata az lehet, hogy az az állampolgársághoz kapcsolódott, az alapító szerződések utóbbi húsz évben történt átalakulása azonban nem vezethet arra az elhamarkodott következtetésre, hogy az említett rendelkezés szükségszerűen maga után vonja, hogy a tagállamok különösebb óvintézkedések nélkül jogosultak lennének állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetést alkalmazni.

129. Másodsorban, talán nem is szükséges figyelmeztetni arra, hogy az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés nem egy átlagos intézkedés, amelynek egyedüli következménye a letelepedés szabadságának puszta akadályozása. Épp ellenkezőleg, a hátrányos megkülönböztetés e formája az uniós jogban sajátos dimenziót ölt, ugyanis az egyrészt az állami protekcionizmus legkézzelfoghatóbb megnyilvánulása[97]. Egy olyan

95 – Lásd a 64–73. lábjegyzetekben hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

96 – Ennek bizonyítékául szolgál, hogy bár sikertelenül, de az EK 45. cikk első bekezdésére hivatkozással már próbáltak igazolni egy tagállam területén fenntartott lakóhellyel, illetve tartós infrastruktúrával kapcsolatos kikötéseket, mint például a fent hivatkozott Bizottság kontra Németország és Bizottság kontra Ausztria ügyekben.

97 – Lásd általában Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Ed. Kluwer, Hága, 2003. és Rossi, M., „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV" Europarecht, 2000., 197. és azt követő oldalak.

unióban, amely egy belső határok nélküli piac létrehozását tűzi zászlajára, az állampolgárság alapján történő közvetlen hátrányos megkülönböztetést eredményező intézkedések alkalmazása magának az integrációnak a szellemiségét tagadja. Még nyilvánvalóbb az eset kivételessége, ha felidézzük, hogy az Európai Unió beemelte jogába az alapvető jogokat, különösen az egyenlőség elvét, amelyet az Alapjogi Charta 20. és 21. cikke biztosít[98]. Az alapvető jogok tiszteletben tartását garantáló jogi uniótól az a legkevesebb, ami elvárható, hogy megkérdőjelezi azt az értelmezést, amely bármiféle hátrányos megkülönböztetéshez vezet, amely már önmagában súlyos következmény, ám emellett aláássa a közös piac legalapvetőbb elveit. Erről rendelkezik az EK 12. cikk, amikor megállapítja, hogy „tilos az állampolgárság alapján történő bármilyen megkülönböztetés", és ezt támasztja alá a Bíróság ítélkezési gyakorlata, amely következetesen elutasította az ilyen hátrányosan megkülönböztető intézkedések tagállamok általi alkalmazását. Következésképpen megállapíthatjuk, hogy a hátrányos megkülönböztetés valamennyi, az uniós jog által tiltott fajtája közül az állampolgárságon alapuló megkülönböztetés különösen súlyosnak minősül[99].

130. Minderre tekintettel meg kell vizsgálni, hogy az EK 43. cikken és az EK 45. cikk első bekezdésén alapuló szabály mennyiben ronthatja le a Szerződés többi rendelkezését, illetve annak bizonyos elveit.

131. Köztudott, hogy az állampolgárság alapján történő megkülönböztetést az EK-Szerződés 12. cikke tiltja[100]. Az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének együttes alkalmazása révén azonban lehetséges, hogy valamely tagállam a természetes személyek tekintetében szabályszerűen elfogadjon ilyen típusú megkülönböztető intézkedéseket. Ennek alternatívájaként lehetne arra hivatkozni, hogy ilyen körülmények között az EK 18. cikket kell alkalmazni, amely a személyek szabad

98 – A C-303/06. sz. Coleman-ügyben (2008. július 17-én hozott ítélet [EBHT 2008., I-5603. o.]) ismertetett indítványában Poiares Maduro főtanácsnok kiemelte, hogy „egy […] személy méltóságába és autonómiájába való legnyilvánvalóbb beavatkozást az jelenti, ha valaki közvetlenül egy gyanús jellemző miatt válik célponttá. Kedvezőtlenebb bánásmódban részesíteni valakit olyan okok alapján, mint a vallási meggyőződés, kor, fogyatékosság és szexuális irányultság, csorbítja azt a különös és egyedi értéket, amivel az emberek emberi mivoltukból eredően bírnak. Az összes emberi lény egyenértékűségének elismerése azt jelenti, hogy a terhek kivetése és a kedvezmények megvonása során figyelmen kívül kell hagynunk az ilyen jellegű megfontolásokat. Más szóval ezek olyan jellemzők, amelyek nem játszhatnak semmilyen szerepet annak megítélésében, hogy helyes-e, vagy sem a kedvezőtlenebb bánásmód" (10. pont).

99 – E megkülönböztetés súlyosságának bizonyítékául szolgál a Bíróság terjedelmes ítélkezési gyakorlata, amely következetesen megakadályozta a tagállamok állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetést megvalósító szabályok elfogadásának igazolására irányuló erőfeszítéseit. A számos ítélet közül lásd a C-92/92. és C-326/92. sz., Phil Collins és társai egyesített ügyekben 1993. október 20-án hozott ítélet (EBHT 1993., I-5145. o.) 33. pontját; a C-122/96. sz., Saldanha és MTS ügyben 1997. október 2-án hozott ítélet (EBHT 1997., I-5325. o.) 26. és 29. pontját; a C-388/01. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2003. január 16-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-721. o.) 19. és 20. pontját; a C-164/07. sz. Wood-ügyben 2008. június 5-én hozott ítélet (EBHT 2008., I-4143. o.) 13. pontját és a C-524/06. sz. Huber-ügyben 2008. december 16-án hozott ítélet (EBHT 2008., I-9705. o.) 78. és 79. pontját.

100 – Lásd a C-18/93. sz. Corsica Feries ügyben 1994. május 17-én hozott ítélet (EBHT 1994., I-1783. o.) 19. pontját; a C-193/94. sz., Skanavi és Chryssanthakopoulos ügyben 1996. február 29-én hozott ítélet (EBHT 1996., I-929. o.) 20. pontját; a C-131/96. sz. Mora Romero-ügyben 1997. június 25-én hozott ítélet (EBHT 1997., I-3659. o.) 10. pontját; a C-336/96. sz. Gilly-ügyben 1998. május 12-én hozott ítélet (EBHT 1998., I-2793. o.) 37. pontját; a C-100/01. sz. Oteiza Olazábal-ügyben 2002. november 26-án hozott ítélet (EBHT 2002., I-10981. o.) 25. pontját; a C-289/02. sz. AMOK-ügyben 2003. december 11-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-15059. o.) 25. pontját és a C-387/01. sz. Weigel-ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-4981. o.) 57. pontját.

mozgásáról rendelkezik arra az esetre, ha a gazdasági szabadságok nem alkalmazhatók. Ugyanakkor, mint köztudott, ez a rendelkezés kizárólag „a Szerződésekben megállapított korlátozásokkal és feltételekkel" alkalmazható, e korlátozások alatt pedig természetesen az EK 45. cikk első bekezdését is érteni kell[101].

132. A fentiekre tekintettel megállapítható, hogy amennyiben elfogadjuk, hogy valamely állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetéshez vezető intézkedés az EK-Szerződés hivatkozott 45. cikke első bekezdésének negatív hatálya alá tartozik, a tagállamok jogosultak lennének eltérni az uniós jogtól, anélkül hogy a Szerződések egyéb rendelkezései alapján meg lehetne kérdőjelezni ezt az intézkedést.

133. Ez a következtetés, amelynek értelmében az EK 12. cikk a Szerződés többi rendelkezéséhez képest alárendelt helyzetben van, számomra meglehetősen kérdésesnek tűnik. Az a tény, hogy az EK 12. cikk alkalmazása feltételekhez kötött, nem vonja maga után, hogy az kisegítő jellegű szabály volna, éppen ellenkezőleg. A Szerződés rendszerében elfoglalt helye, illetve a hátrányos megkülönböztetés tilalmára vonatkozó elv uniós jogban fennálló jelentősége rámutat arra, hogy ez a rendelkezés inkább panoptikus, mint kisegítő szabály, amelyet automatikusan figyelmen kívül kell hagyni, ha a Szerződés más, különös szabályait kell alkalmazni. Emellett úgy tűnik, hogy a Bíróság legutóbbi ítéleteiben inkább e felé az értelmezés felé hajlott[102]. Erre tekintettel abból a puszta tényből, hogy valamely tevékenység az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése értelmében a letelepedés szabadságának negatív hatálya alá tartozik, nem következik, hogy e tevékenységre ne vonatkozna egy, az EK 12. cikkre figyelemmel kialakított rendszer-szempontú értelmezés.

134. Ezt az értelmezést még inkább alátámasztja az a tény, hogy egy olyan ügyben, mint a jelen ügy, amelyben egy olyan tevékenység, mint a közjegyzőké, kapcsolódni látszik a közhatalom gyakorlásához, továbbra is alkalmazandók a Szerződés egyéb rendelkezései. Ez különösen igaz az EK 86. cikkre, amely megköveteli a tagállamoktól, hogy őrködjenek a versenyszabályok betartása felett a kötelező közszolgáltatói feladatokat ellátó ágazatokban[103]. Hiába állapítja meg a Bíróság,

101 – Lásd Rossi, M., fent hivatkozott „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV" című művét, 208. o.; Epiney, A., „The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship", *European Law Journal*, 2007., 611. és azt követő oldalak; Kadelbach, S., „Union Citizenship", en von Bogdandy, A., és Bast, J., *Principles of European Constitutional Law*, 2. kiadás, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005., 461. o.

102 – Lásd a C-251/04. sz., Bizottság kontra Görögország ügyben 2007. január 11-én hozott ítélet (EBHT 2007., I-67. o.) 26. pontját, valamint Mengozzi főtanácsnoknak a még folyamatban lévő C-383/08. sz. Neukirchinger-ügyben 2010. szeptember 7-én ismertetett indítványát, különösen annak 60–69. pontját.

103 – Lásd van Vormizeele, P.V., „Art. 86", en Schwarze, J., a fent hivatkozott *EU-Kommentarból*; 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. és Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishers, Oxford, 2007.

hogy valamely tevékenység az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá tartozik, attól még az nem élvez mentességet az EK 81. és 82. cikkben megállapított versenyszabályok alól[104]. Ugyanez a helyzet az uniós politikák elindításának jogi alapjával, amelyek egyáltalán nem képezik akadályát annak, hogy az Unió intézményei rendeleteket és irányelveket fogadjanak el olyan területeken, amelyek a szabadságok tekintetében nem tartoznak a hatályuk alá. Ezt megerősíti a Bíróság ítélkezési gyakorlata, amely például megállapította, hogy a közjegyzői tevékenység HÉA-köteles, arra tekintettel, hogy a közjegyzők adóalanyok, mivel szabadon végeznek gazdasági tevékenységet, „tekintet nélkül annak céljára és eredményére”[105]. Valóban, a Bíróság ítélkezési gyakorlata a Bizottság kontra Hollandia ügyben, amellett, hogy kimondta a közjegyzői tevékenység közhatalmi jellegét, a közvetett adóztatás összefüggéseiben megállapította, hogy az említett tevékenységet nem közjogi intézményi minőségben gyakorolják „mivel nem képezik részét a közigazgatás szervezetrendszerének, hanem gazdasági tevékenység formájában, szabad foglalkozás keretében folytatják”[106].

135. Röviden, az a tény, hogy valamely tevékenység kapcsolódik a közhatalom gyakorlásához, nem menti fel a tagállamokat az uniós jog betartásának kötelezettsége alól. E kötelezettség, amely a jelen ügyben a közjegyzői tevékenységet és ezáltal egy természetes személyekből álló közösséget érint, különös figyelmet érdemel, ha állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés merül fel. Mivel egyrészt természetes személyekről van szó, másrészt pedig állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetésről, a jelen ügy szükségszerűen megköveteli, hogy a kérdést az uniós polgársághoz kapcsolódó jogállás szempontjából is megvizsgáljuk.

136. 1992 óta valójában mind a Szerződések, mind a Bíróság ítélkezési gyakorlata hozzájárult ahhoz, hogy létrejöjjön egy közvetlen és fejlődő polgársági kötelék az egyén és az Unió között[107]. Mint köztudott, e kapcsolat az egyes tagállamokhoz kötődő állampolgárságon keresztül jön létre, amely nem azt jelenti, hogy ez az állampolgárság lefedné a másikat, hanem épp ellenkezőleg: ez egy olyan jogállás, amely a nemzeti állampolgárságon alapul, amely létrejöttét követően autonóm módon jogokat és kötelezettségeket hoz létre és telepít, anélkül hogy a tagállamok jogosultak volnának azokkal ellentétes szabályokat megállapítani. A Bíróság a közelmúltban, a

104 – Lásd többek között a 267/86. sz. Van Eycke-ügyben 1988. szeptember 21-én hozott ítéletet (EBHT 1988., 4769. o.); a 30/87. sz. Bodson-ügyben 1988. május 4-én hozott ítéletet (EBHT 1988., 2479. o.); a C-202/88. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 1991. március 19-én hozott ítéletet (EBHT 1991., I-1223. o.); a C-41/90. sz., Höfner és Elser ügyben 1991. április 23-án hozott ítéletet (EBHT 1991., I-1979. o.); a C-18/88. sz. GB-Inno-BM-ügyben 1991. december 13-án hozott ítéletet (EBHT 1991., I-5941. o.); a C-451/03. sz. Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti ügyben 2006. március 30-án hozott ítéletet (EBHT 2006., I-2941. o.); a C-83/01. P., C-93/01. P. és C-94/01. P. sz., Chronopost és társai/Ufex és társai egyesített ügyekben 2003. július 3-án hozott ítéletet (EBHT 2003., I-6993. o.), valamint a C-49/07. sz. MOTOE-ügyben 2008. július 1-jén hozott ítéletet (EBHT 2008., I-4863. o.).

105 – A 235/84. sz., Bizottság kontra Hollandia ügyben 1987. március 26-án hozott ítélet (EBHT 1987., 1471. o.). Az idézet az ún. „hatodik HÉA-irányelv”, vagyis a tagállamok forgalmi adóra vonatkozó jogszabályainak összehangolásáról – közös hozzáadottértékadó-rendszer: egységes adóalap-megállapításáról szóló, 1977. május 17-i 77/388/EGK tanácsi irányelv (HL 1977. L 145., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 9. fejezet 1. kötet 23. o.) 4. cikkének (1) bekezdéséből származik.

106 – A fent hivatkozott ítélet 22. pontja.

107 – Lásd többek között O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship,* Kluwer Law International, Hága, 1996., 23–30. o.

Rottmann-ügyben hozott ítéletében megerősítette ezt az autonómiát, mikor megállapította, hogy a tagállamok nem jogosultak beavatkozni a polgár és az Unió közötti kapcsolatba azáltal, hogy az előbbit megfosztják az államhoz kötődő állampolgárságától. Következésképpen az a nemzeti rendelkezés, amely az állampolgárt „az EK 17. cikkben biztosított jogállás, valamint az azzal összefüggő jogok elvesztését esetlegesen maga után vonó helyzetbe hozza", – *jellegénél és következményeinél fogva* – az uniós jog hatálya alá tartozik"[108].

137. Emellett az uniós polgárság nemcsak a polgár és az Unió közötti közvetlen kapocsként jelenik meg, hanem úgy is, mint a polgár és valamennyi tagállam közötti kapcsolatok szférája. A polgárság e vetülete valamennyi állampolgár számára garantálja a szabad mozgáshoz való jogot az Unió területén, valamint a lakóhely bármely tagállamban való létesítéséhez való jogot. Az Unióhoz fűződő köteléknek tehát valamennyi nemzeti hatóság tekintetében horizontális hatása van, és e hatóságok kötelesek tartózkodni az olyan intézkedések elfogadásától, amelyek akadályozzák vagy megnehezítik a szabad mozgást, akkor is, ha az intézkedés az érintett tagállam saját állampolgáraira vonatkozik[109]. Ennek érdekében a Bíróság megerősítette az EK 18. cikk hatályát, először is azzal, hogy közvetlen hatályt biztosított neki[110], ezt követően pedig olyan ítélkezési gyakorlatot alakított ki, amely tartalommal töltötte meg a mozgásszabadságot élvező uniós polgár jogállását azokra az esetekre nézve is, amikor a polgár nem folytat gazdasági tevékenységet[111], illetve amikor az intézkedés harmadik országokból származó hozzátartozókat érint[112].

138. Azt a természetes személyeket érintő állampolgársági kikötést, amelyet a letelepedés szabadságának „negatív hatálya" alá tartozóként feltüntetve vezetnek be, mindenekelőtt olyan intézkedésnek kell minősíteni, amely érinti az uniós polgársághoz kapcsolódó jogállást. Mégpedig arra tekintettel, hogy az az uniós polgárság biztosításának kritériumát, vagyis a nemzeti állampolgárságot használja indokként a közhatalom gyakorlásában részét képező tevékenységek gyakorlásának megtiltásához az EK 45. cikk első bekezdése alapján. Mindazonáltal, a Szerződések kizárólag olyan minősített körülmények között – amelyek, mint látjuk majd, a jelen ügyben nem állnak fenn – engedhetik meg, hogy az uniós polgárság létrejöttének alapja egyben alapul szolgáljon egy, az uniós polgársághoz kapcsolódó

108 – A C-135/08. sz. ügyben 2010. március 2-án hozott ítélet (EBHT 2010., I-1449. o.) 42. pontja (kiemelés tőlem).

109 – Lásd például a C-148/02. sz. Garcia Avello-ügyben 2003. október 2-án hozott ítéletet (EBHT 2003., I-11613. o.), a C-353/06. sz., Grunkin és Paul ügyben 2008. október 14-én hozott ítéletet (EBHT 2008., I-7639. o.) vagy a fent hivatkozott Rottmann-ügyben hozott ítéletet.

110 – A C-413/99. sz., Baumbast és R ügyben 2002. szeptember 17-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-7091. o.).

111 – A C-184/99. sz. Grzelczyk-ügyben 2001. szeptember 20-án hozott ítélet (EBHT 2001., I-6193. o.); a C-60/00. sz. Carpenter-ügyben 2002. július 11-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-6279. o.); a C-209/03. sz. Bidar-ügyben 2005. március 15-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-2119- o.); a C-192/05. sz., Tas-Hagen és Tas ügyben 2006. október 26-án hozott ítélet (EBHT 2006., I-10451. o.); a C-11/06. és C-12/06. sz., Morgan és Bucher egyesített ügyekben 2007. október 23-án hozott ítélet (EBHT 2007., I-9161. o.), valamint a legutóbbi ítéletek közül a C-480/08. sz. Teixeira-ügyben 2010. február 23-án hozott ítélet (EBHT 2010., I-1107. o.) és a C-310/08. sz. Ibrahim-ügyben 2010. február 23-án hozott ítélet (EBHT 2010., I-1065. o.).

112 – Lásd például a fent hivatkozott Carpenter-ügyben hozott ítéletet és a C-200/02. sz. Chen-ügyben 2004. október 19-én hozott ítéletet (EBHT 2004., I-9925. o.).

jogálláshoz szorosan kötődő jogosítványtól való megfosztáshoz. Transznacionális jellegére figyelemmel az uniós polgárság azonos értékrendet valló, egymás iránt kölcsönös bizalmat tápláló és elkötelezetten szolidáris államok és egyének közösségének létezésén alapul. Feltételezve azt, hogy valamely tagállam állampolgárságának megszerzésével az egyén bekerül az értékek, bizalom és szolidaritás e közösségébe, ellentmondásos volna, ha éppen az e közösséghez való tartozás fosztaná meg az uniós polgárt a Szerződés által biztosított jogok és szabadságok gyakorlásának lehetőségétől.

139. A fentiekben kifejtettekre tekintettel megállapíthatjuk, hogy az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés olyan intézkedés, amely jellegénél fogva súlyos beavatkozást jelent az uniós polgárság szférájába, ez pedig csak egy – a közérdekhez kapcsolódó rendkívül erős indokok fennállását igazoló – szigorú arányossági teszt elvégzését követően lenne megengedhető az EK 43. cikkre és az EK 45. cikk első bekezdésére hivatkozással.

c) Az arányosság vizsgálata

140. Végezetül, amint azt korábban már kifejtettem, egy arányossági tesztnek az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő szabályra való alkalmazása során meg kell vizsgálni, hogy a szóban forgó tevékenység milyen mértékben vesz részt a közhatalom gyakorlásában. A jelen ügyben, amint azt a jelen indítvány 115–121. pontjában megállapítottam, a közjegyzői tevékenység az EK 45. cikk első bekezdése szerinti részvételt jelent a közhatalom gyakorlásában, ám e tevékenységet, abból következően, hogy azt gazdasági tevékenységként végzi, kisebb intenzitással folytatja, mint azokat a tevékenységeket, amelyek a közhatalmi jogosítványok közvetlen gyakorlásával járnak. Ebből kifolyólag a tagállamok jogosultak az általuk szükségesnek tartott és az említett szabadságokat nem érintő intézkedéseket elfogadni, feltéve hogy azok arányosak az általuk elérni kívánt célokkal, illetve célkitűzésekkel. A tagállamok által felhozott érvekre figyelemmel, meglehet, hogy a közjegyzői szakma garanciákkal és a magánjogi tranzakciókban játszott szerepének jelentőségét megjelenítő különleges jellemzőkkel van körülbástyázva, azonban az is bizonyos, hogy e különös jellemzők egyike sem igazolja azt, hogy tagjainak jogállása olyan szigorú és drasztikus intézkedésen alapuljon, mint az állampolgárság alapján történő közvetlen hátrányos megkülönböztetés.

141. Az alperes tagállamok e tekintetben kizárólag a közjegyzői tevékenység megkezdését megelőzően letett eskü jelentőségére hivatkoztak. A tagállamok szerint ez a kinyilatkoztatás kifejezi a közjegyző és az őt közhatalmi jogosítvánnyal felruházó állam közötti szoros kapcsolatot, egy kapcsolatot, amely a külvilág számára érzékelhetővé teszi az egyén

adott politikai közösséghez való lojalitását, és amely a jelen ügyben egy állampolgársági követelmény formájában jelenik meg. Az alperes tagállamok többször is kiemelték e kötelék jelentőségét, és Luxemburg a közjegyzői szakma gyakorlásával kapcsolatban alkalmazott állampolgársági kikötést még a Nagyhercegség alkotmányos identitásának védelmével is társította.

142. Ugyanakkor a lojalitás fogalma mint a politikai közösségnek való elkötelezettség és szolidaritás megnyilvánulása már nem minősül a tagállamok megkülönböztető, exkluzív és kivételes ismertetőjegyének, amely megkerülhetetlenül megkövetelné az állampolgársági köteléket. Éppen ellenkezőleg, az uniós polgártól nem áll távol, hogy elkötelezze magát az Unió irányába. Az a premissza, amelynek értelmében valamely tagállam állampolgára nem vállalhat érvényesen elkötelezettséget egy másik tagállam irányába, hacsak ezt meg nem előzi az utóbbi tagállam állampolgárságának megszerzése, komolyan megkérdőjelezné az EK 17. és 18. cikket, valamint a polgároknak a Szerződésekből és az Európai Unió Alapjogi Chartájából eredő politikai jogait.

143. A polgári- és büntető ügyekben való igazságügyi együttműködés Unió által elfogadott eszközei, különösen a 44/2001 rendeletben[113] megállapítottak, ez utóbbi elképzelést támasztják alá. Közreműködése során a közjegyző egy közhatalmi jellegű tevékenységet fejt ki, amelyhez olyan hatások fűződnek, amelyeket az Unió valamennyi tagállamában automatikusan elismernek. A nagyfokú bizalom, valamint az Unió alapját megtestesítő értékek és elvek összessége teszik a közjegyzőt nemcsak az állam, hanem az Unió hivatalos képviselőjévé. A hatalom ilyen, Unión belüli kiszervezése sokkal összetettebb lojális elkötelezettséget tükröz, mint amely az állampolgár és állama között fennáll. A közjegyző tehát egy olyan rendszerbe illeszkedik, amelyben a lojalitás ugyanúgy kiterjed a hatalmat delegáló államra, mint az azt átvállaló Unióra és a többi tagállamra.

144. Most, hogy az európai integráció folyamatában elérkeztünk ahhoz a pillanathoz, amikor az uniós polgárok lakóhelyük államában jogosultak részt venni a nemzeti döntéshozatal demokratikus folyamataiban, például az önkormányzati választásokon, illetve jogosultak a törvényhozás előtti népi

113 – A polgári és kereskedelmi ügyekben a joghatóságról, valamint a határozatok elismeréséről és végrehajtásáról szóló, 2000. december 22-i 44/2001/EK tanácsi rendelet (HL 2001. L 12., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 19. fejezet 4. kötet 42. o.), különösen annak 57. cikke.

kezdeményezések előmozdítására, a lojalitás fogalma nem sajátítható ki kizárólagosan és szükségszerűen az adott állam polgárai számára. Ha úgy tekintünk a lojalitásra, mint a polgárt az állammal és az Unióval összekötő jogok és kötelezettségek vállalására, álláspontom szerint a jelen eljárás körülményei között az említett elkötelezettség kinyilvánítása céljából nem szükséges és éppen ezért nem is szabályos megkövetelni az adott tagállammal való állampolgársági kötelék fennállását.

145. Mindenesetre érdemes külön megemlíteni a „Gerichtskommissär" funkcióját, amelyet különösen Ausztriában látnak el a közjegyzők. Jóllehet bizonyos, hogy a közjegyző e feladatok ellátása során egyedi és kötelező döntéseket hozhat, az is egyértelmű, hogy kiegészítő tevékenységről van szó, amely jelentős mértékben az öröklési ügyek területére korlátozódik. Ugyanakkor az osztrák kormány képviselője a tárgyaláson kifejtette, hogy az a közjegyző, amely „Gerichtskommissärként" jár el, szabad foglalkozás keretében, és nem tisztviselőként látja el e tevékenységet, e tény pedig alapvetően arra utal, hogy ezen a területen helye van a piaci versenynek. Erre, valamint az eljárás során előadottakra tekintettel az a tény, hogy az osztrák közjegyzők bírósági megbízotti funkciókat is ellátnak, szintén nem igazolja az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének valamely állampolgárság alapján történő közvetlen hátrányos megkülönböztetésre való alkalmazását.

5. A kötelezettségszegés alátámasztására felhozott első jogalappal kapcsolatos következtetés

146. Végeredményben egy, a jelen eljárásokban a Bizottság által megkérdőjelezetthez hasonló állampolgársági kifogást bevezető intézkedés aránytalannak minősül, amennyiben az nem szükséges azon célok eléréséhez, amelyeket az egyes tagállamok a közjegyzői tevékenységnek a letelepedés szabadsága hatálya alóli kivonásával kívánnak elérni. Következésképpen, és annak ellenére, hogy a közhatalom gyakorlásában részt vevő tevékenységről van szó, amely így a letelepedés szabadságának negatív hatálya alá tartozik, úgy vélem, hogy az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdése a közjegyzői szakma sajátos összefüggéseiben nem teszi lehetővé olyan tagállami intézkedés alkalmazását, amely állampolgárságuk alapján hátrányosan megkülönbözteti azokat, akik e szakmát gyakorolni kívánják. Az eddig kifejtettekre tekintettel álláspontom szerint a közjegyzői tevékenység az alperes tagállamokban megvalósuló formájában ugyan a letelepedés szabadságának az EK 43. cikken és az EK 45. cikk első bekezdésén alapuló negatív hatálya alá tartozik, annak aránytalanságára figyelemmel azonban nem megengedett a közjegyzői szakma szabályozásának részeként állampolgársági kikötés alkalmazása, mivel azt nem követeli meg az említett tevékenység és közhatalom gyakorlása között fennálló kapcsolat szorosságának mértéke. Erre figyelemmel helyt kell adni a kötelezettségszegés EK 43. cikk és EK 45. cikk első bekezdése sérelmére alapított első jogalapjának.

B – *A kötelezettségszegés alátámasztására felhozott második jogalapról*

147. A Bizottság az alperes tagállamoknak – a Francia Köztársaság kivételével – felrója, hogy megsértették a szakmai képesítések elismeréséről szóló 2005/36/EK irányelvet, mivel az azt átültető nemzeti szabályozásuk nem terjeszti ki azt a közjegyzői szakmára.

148. Amint azt a fentiekben kifejtettem, a közjegyzői szakma az EK 43. cikk és az EK 45. cikk első bekezdésének értelmezése folytán a letelepedés szabadságának negatív hatálya alá tartozik. Továbbá az előzőekben azt is kiemeltem, hogy ez a következtetés nem jelenti szükségszerűen azt, hogy a tagállamok ne lennének kötelesek a Szerződésekben előírt kötelezettségeik teljesítésére. Ennek ellenére a 2005/36 irányelv esetében ésszerű kétségek merülnek fel annak a közjegyzői szakmára való alkalmazhatóságával kapcsolatban.

149. A kötelezettségszegés megállapítása iránti eljárásban a Bizottság feladata bizonyítani, hogy az alperes tagállam megsértette az Unió jogrendjét. Ugyanakkor az iratokból is kiderül, hogy a Bizottság kizárólag arra hivatkozott, hogy a 2005/36 irányelv átültetése nem történt meg az abban meghatározott időpontig, míg a tagállamok nemcsak az EK 45. cikk első bekezdésének alkalmazhatóságát hívták fel, hanem az említett irányelv (41) preambulumbekezdésében a közjegyzői tevékenységre nézve megfogalmazott kivételt is.

150. A 2005/36 irányelv (41) preambulumbekezdésében kimondja, hogy „ez az irányelv nem előzi meg a Szerződés 39. cikkének (4) bekezdése és 45. cikke alkalmazását, mindenekelőtt a közjegyzők vonatkozásában”. A jogalkotó e nyilatkozat minden kétértelműsége ellenére hallgatólagosan kimondja, hogy a közjegyzői tevékenységnek az EK 45. cikk első bekezdésének hatálya alá tartozására vonatkozó kérdésre adandó válasz *elvezet* az irányelv közjegyzői szakmára való alkalmazhatóságának kérdésére adandó válaszhoz. A Bizottság eljárási stratégiájából, amelynek értelmében kizárólag az EK 45. cikk első bekezdésére alapozza érvelését, arra lehet következtetni, hogy egyetért a (41) preambulumbekezdésben megfogalmazott állásponttal. Mindazonáltal az első kérdéssel kapcsolatban általam javasolt válaszra tekintettel a Bizottságnak több érvet kellett volna felhoznia az irányelv közjegyzői szakmára történő kiterjesztése mellett. Egyetlen érve, amely az EK 45. cikk első bekezdésében szereplő „közhatalom” fogalmának értelmezésén alapul, gyakorlatilag hatástalanná vált. Ilyen körülmények között egyértelmű, hogy a Bizottság egyetlen elfogadható érvet sem hozott fel, amely alapján helyt adhatnánk a

kötelezettségszegés alátámasztására felhozott második jogalapnak.

151. Következésképpen, mivel a Bizottság nem bizonyította, hogy a tagállamok a közjegyzői tevékenység tekintetében kötelesek lennének a 2006/35 irányelv által előírt kötelezettségek teljesítésére, úgy vélem, hogy a második jogalap nem megalapozott.

VI – A költségekről

152. Az eljárási szabályzat 69. cikkének 3. §-a szerint „részleges pernyertesség esetén a Bíróság elrendelheti a költségeknek a felek közötti megosztását, vagy határozhat úgy, hogy mindegyik fél maga viselje saját költségeit". Arra tekintettel, hogy álláspontom szerint a kötelezettségszegés alátámasztására felhozott két jogalap egyikének helyt kell adni, azt javaslom a Bíróságnak, hogy a felek jelen eljárás során felmerült költségeinek igazságos elosztása érdekében az Európai Bizottság, a Belga Királyság, a Luxemburgi Nagyhercegség, az Osztrák Köztársaság, a Németországi Szövetségi Köztársaság és a Görög Köztársaság maguk viseljék saját költségeiket.

153. A Francia Köztársasággal szemben indított kötelezettségszegés megállapítása iránti eljárással kapcsolatban emlékeznünk kell arra, hogy az eljárási szabályzat 69. cikkének 2. §-a alapján a Bíróság a pervesztes felet kötelezi a költségek viselésére, ha a pernyertes fél ezt kérte. A Francia Köztársaságot, mivel az általa felhozott egyetlen jogalap elutasításra került, a Bizottság kérelmének megfelelően kötelezni kell a költségek viselésére.

154. Az eljárási szabályzat hivatkozott 69. cikke 4. §-a első bekezdésének megfelelően a Litván Köztársaság, Románia, a Bolgár Köztársaság, a Lengyel Köztársaság, a Németországi Szövetségi Köztársaság, a Szlovén Köztársaság, az Osztrák Köztársaság, a Cseh Köztársaság, a Szlovák Köztársaság, a Magyar Köztársaság, a Lett Köztársaság, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királysága, a Francia Köztársaság mint a jelen eljárásba beavatkozó tagállamok maguk viselik saját költségeiket.

VII – Végkövetkeztetések

155. Következésképpen azt javaslom, hogy a Bíróság:

A C-47/08. sz. ügyben

1) állapítsa meg, hogy a Belga Királyság az 1999. május 4-i törvénnyel módosított XI. évi Ventôse havi 25. sz. törvény 35. cikkének (3) bekezdésében meghatározott intézkedés elfogadásával, amelynek értelmében kizárólag a belga állampolgárok jogosultak a közjegyzői szakma gyakorlása, nem teljesítette az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő kötelezettségét;

2) a keresetet ezt meghaladó részében utasítsa el;

3) a Bizottságot és a Belga Királyságot kötelezze saját költségei viselésére;

4) a Litván Köztársaságot, a Cseh Köztársaságot, a Szlovák Köztársaságot, a Magyar Köztársaságot, a Lett Köztársaságot, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királyságát és a Francia Köztársaságot mint a jelen eljárásba beavatkozó tagállamokat kötelezze saját költségeik viselésére.

A C-50/08. sz. ügyben

1) állapítsa meg, hogy a Francia Köztársaság az 1989. június 20-i, 89-399 rendelettel módosított 1973. július 5-i rendelet 3. cikkében meghatározott intézkedés

elfogadásával, amelynek értelmében kizárólag a francia állampolgárok jogosultak a közjegyzői szakma gyakorlására, nem teljesítette az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő kötelezettségét;

2) a Francia Köztársaságot kötelezze a költségek viselésére;

3) a Litván Köztársaságot, Romániát, a Cseh Köztársaságot, a Szlovák Köztársaságot, a Magyar Köztársaságot, a Lett Köztársaságot, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királyságát és a Bolgár Köztársaságot mint a jelen eljárásba beavatkozó tagállamokat kötelezze saját költségeik viselésére.

A C-51/08. sz. ügyben

1) állapítsa meg, hogy a Luxemburgi Nagyhercegség az 1976. december 9-i törvény 15. cikkében meghatározott intézkedés elfogadásával, amelynek értelmében kizárólag a luxemburgi állampolgárok jogosultak a közjegyzői szakma gyakorlására, nem teljesítette az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő kötelezettségét;

2) a keresetet ezt meghaladó részében utasítsa el;

3) a Bizottságot és a Luxemburgi Nagyhercegséget kötelezze saját költségeinek viselésére.

4) a Litván Köztársaságot, a Cseh Köztársaságot, a Lengyel Köztársaságot, a Szlovák Köztársaságot, a Magyar Köztársaságot, a Lett Köztársaságot, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királyságát és a Francia Köztársaságot mint a jelen eljárásba beavatkozó tagállamokat kötelezze saját költségeik viselésére.

A C-53/08. sz. ügyben

1) állapítsa meg, hogy az Osztrák Köztársaság a BGBl 164/2005 számában megjelent rendelettel módosított, a RGBl 75/1871 számában közzétett közjegyzőkről szóló rendelet 6. cikke (1) bekezdésének a) pontjában meghatározott intézkedés elfogadásával, amelynek értelmében kizárólag az osztrák állampolgárok jogosultak a közjegyzői szakma gyakorlására, nem teljesítette az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő kötelezettségét;

2) a keresetet ezt meghaladó részében utasítsa el;

3) a Bizottságot és az Osztrák Köztársaságot kötelezze saját költségeinek viselésére;

4) a Szlovén Köztársaságot, a Litván Köztársaságot, a Cseh Köztársaságot, a Lengyel Köztársaságot, a Magyar Köztársaságot, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királyságát, a Szlovák Köztársaságot, a Lett Köztársaságot, a Németországi Szövetségi Köztársaságot és a Francia Köztársaságot mint a jelen eljárásba beavatkozó tagállamokat kötelezze saját költségeik viselésére.

A C-54/08. sz. ügyben

1) állapítsa meg, hogy a Németországi Szövetségi Köztársaság a 2007. március 26-i törvénnyel módosított, a közjegyzőségről szóló szövetségi törvénykönyv 5. cikkében meghatározott intézkedés elfogadásával, amelynek értelmében kizárólag a német állampolgárok jogosultak a közjegyzői szakma gyakorlására, nem teljesítette az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő kötelezettségét;

2) a keresetet ezt meghaladó részében utasítsa el;

3) a Bizottságot és a Németországi Szövetségi Köztársaságot kötelezze saját költségeinek viselésére;

4) a Szlovén Köztársaságot, a Litván Köztársaságot, a Cseh Köztársaságot, a Lengyel Köztársaságot, a Magyar Köztársaságot, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királyságát, az Észt Köztársaságot, a Szlovák Köztársaságot, az Osztrák Köztársaságot, a Lett Köztársaságot, a Bolgár Köztársaságot és a Francia Köztársaságot mint a jelen eljárásba beavatkozó tagállamokat kötelezze saját költségeik viselésére.

A C-61/08. sz. ügyben

1) állapítsa meg, hogy a Görög Köztársaság a 2830/2000 törvény 19. cikkének (1) bekezdésében meghatározott intézkedés elfogadásával, amelynek értelmében kizárólag a görög állampolgárok jogosultak a közjegyzői szakma gyakorlására, nem teljesítette az EK 43. cikkből és az EK 45. cikk első bekezdéséből eredő kötelezettségét;

2) a keresetet ezt meghaladó részében utasítsa el;

3) a Bizottságot és a Görög Köztársaságot kötelezze saját költségeinek viselésére;

4) a Litván Köztársaságot, a Szlovén Köztársaságot, a Szlovák Köztársaságot, Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királyságát, a Cseh Köztársaságot és a Francia Köztársaságot mint a jelen eljárásba beavatkozó tagállamokat kötelezze saját költségeik viselésére.