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

Obsah

I — Úvod ..... I - 4110

II — Právny rámec ..... I - 4111

A — Právna úprava Spoločenstva ..... I - 4111

1. Primárne právo ..... I - 4111

2. Sekundárne právo ..... I - 4112

B — Vnútroštátna právna úprava ..... I - 4113

1. Notárske povolanie ..... I - 4113

a) Belgická právna úprava ..... I - 4113

b) Francúzska právna úprava ..... I - 4115

c) Luxemburská právna úprava ..... I - 4116

d) Rakúska právna úprava ..... I - 4117

e) Nemecká právna úprava ..... I - 4119

f) Grécka právna úprava ..... I - 4120

g) Zhrnutie ..... I - 4121

1 — Jazyk prednesu: španielčina.

2. Vnútroštátne ustanovenie, ktoré je osobitným predmetom žalôb: ustanovenia o štátnej príslušnosti ..... I - 4122

a) Belgická právna úprava ..... I - 4122

b) Francúzska právna úprava ..... I - 4122

c) Luxemburská právna úprava ..... I - 4122

d) Rakúska právna úprava ..... I - 4122

e) Nemecká právna úprava ..... I - 4123

f) Grécka právna úprava ..... I - 4123

III — Návrhy účastníkov konania ..... I - 4123

IV — O prípustnosti ..... I - 4124

V — O veci samej ..... I - 4125

A — O prvom žalobnom dôvode týkajúcom sa nesplnenia povinnosti ..... I - 4125

1. Tri úvodné pripomienky všeobecného charakteru ..... I - 4126

a) Právny predpis, ktorého porušenie Komisia vytýka členským štátom: článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES ..... I - 4126

b) Zložitosť výkladu zmyslu článku 45 prvého odseku ES ..... I - 4127

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

2. Činnosť súvisiaca s výkonom verejnej moci ..... I - 4130

a) Judikatúra Súdneho dvora ..... I - 4130

b) Potreba dôkladnejšie definovať pojem verejná moc ..... I - 4132

3. O otázke, či je činnosť notárov a osobitne činnosť osvedčovania možné zahrnúť do negatívneho rámca slobody usadiť sa ..... I - 4136

a) Osvedčovanie ako hlavná činnosť notárov v žalovaných štátoch .... I - 4136

b) Väzba osvedčovania s výkonom verejnej moci ..... I - 4138

4. Ustanovenie o štátnej príslušnosti z hľadiska zásady proporcionality ..... I - 4141

a) Postavenie notárov ..... I - 4141

b) Diskriminácia na základe štátnej príslušnosti z hľadiska článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES ..... I - 4142

c) Preskúmanie proporcionality ..... I - 4147

5. Návrh v súvislosti s prvým žalobným dôvodom týkajúcim sa nesplnenia povinnosti ..... I - 4149

B — O druhom žalobnom dôvode týkajúcom sa nesplnenia povinnosti ..... I - 4150

VI — O trovách konania ..... I - 4151

VII — Návrh ..... I - 4152

I — Úvod

1. Týmito žalobami o nesplnenie povinnosti Európska komisia navrhuje, aby Súdny dvor určil, že Belgické kráľovstvo, Francúzska republika, Luxemburské veľkovojvodstvo, Rakúska spolková republika, Spolková republika Nemecko a Helénska republika si tým, že prístup k notárskemu povolaniu obmedzili výlučne na štátnych príslušníkov svojej krajiny (ďalej len „ustanovenie o štátnej príslušnosti“), nesplnili povinnosti, ktoré im vyplývajú z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES. Ďalej Európska komisia navrhuje, aby sa určilo, že tieto členské štáty s výnimkou Francúzskej republiky si nesplnili povinnosti, ktoré im vyplývajú zo smernice 2005/36/EHS o uznávaní odborných kvalifikácií [2], pretože ju neuplatnili na notárske povolanie [3].

2. Hoci sa žaloba Komisie obmedzuje len na to, že vytýka diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti, otázka, z ktorej vychádza toto konanie, je oveľa zložitejšia. Cieľom týchto konaní totiž je, aby Súdny dvor určil, že funkcia notára latinského typu v takej špecifickej

2 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2005/36/ES zo 7. septembra 2005 o uznávaní odborných kvalifikácií (Ú. v. EÚ L 255, s. 22), ktorou sa zrušuje smernica 89/48/EHS z 21. decembra 1988 o všeobecnom systéme uznávania diplomov vyššieho vzdelania udelených pri ukončení odborného vzdelávania a prípravy v dĺžke trvania aspoň troch rokov (Ú. v. ES L 19, s. 16; Mim. vyd. 05/001, s. 337).

3 — Nejde o jediné žaloby o nesplnenie povinnosti, ktoré podala Komisia z tohto dôvodu; v tejto súvislosti totiž bude Súdny dvor musieť rozhodnúť o žalobách proti Portugalsku (vec C-52/08) a Holandsku (vec C-157/09).

podobe, v akej ju nachádzame v mnohých členských štátoch [4], patrí do rámca slobody usadiť sa, pretože nesúvisí s „výkonom štátnej moci".

3. Ak sa o tomto probléme uvažuje všeobecne, toto konanie stavia Súdny dvor pred pravdepodobne najcitlivejšiu otázku výkladu, ktorá sa týka ustanovenia článku 43 ES v spojení s článkom 45 prvým odsekom ES. Až doposiaľ, ako bude vidieť, sa prípady, o ktorých rozhodoval tento súd vo vzťahu k spojeným ustanoveniam týchto dvoch článkov, týkali povolaní, ktoré sa prelínali s verejnou mocou alebo s ňou v konkrétnych ohľadoch súviseli, čo sa určite nedá *prima facie* povedať v prípade, ktorým sa zaoberá teraz.

4. Z týchto dôvodov šesť žalôb spojených na účely preskúmania v rámci týchto návrhov ponúka Súdnemu dvoru možnosť dôkladnejšie než doposiaľ preskúmať rozsah takého zložitého právneho predpisu, aký tvoria ustanovenia článku 43 ES v spojení s článkom 45 prvým odsekom ES. V tejto súvislosti má Súdny dvor na rozdiel od doterajšieho preskúmania nájsť v rámci tohto konania správnu rovnováhu medzi cieľmi, ktoré sledujú slobody zaručené Úniou, dodržiavaním právomocí členských štátov a statusom európskeho občianstva. Pri zvažovaní týchto hodnôt Súdny dvor nepochybne zistí, že výklad ustanovení uvedených vyššie si vyžaduje osobitné úsilie, do ktorého rozhodujúcim spôsobom zasahuje zásada proporcionality.

5. Je zrejmé, že povaha predmetu tohto konania, ako aj možnosť začleniť kontrolu proporcionality článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES zvýrazňuje význam tejto veci nielen pre notársku činnosť ako takú, ale aj v širšom zmysle pre právo Únie.

II — Právny rámec

A — *Právna úprava Spoločenstva*

1. Primárne právo

6. Komisia sa vo svojej žalobe odvoláva na ustanovenia článku 43 ES v spojení

4 — Už na začiatku treba uviesť, že hoci notár latinského typu, ktorý je predmetom týchto žalôb, predstavuje stále najzvyčajnejší príklad notára v Európe, tento model existuje v Európskej únii spolu s niektorými variantmi, ktorých začlenenie do rámca pôsobnosti článku 45 prvého odseku je nepochybné. Môže to tak byť jednak preto, že notár je súčasťou verejnej správy, a jednak preto, že jeho konanie nemá účinky typické pre osvedčovanie v tom zmysle, v akom tento pojem vykladajú tieto návrhy. Napokon situácia v rámci Európy sa v posledných rokoch stala ešte rozdielnejšou po odstránení ustanovenia o štátnej príslušnosti v niektorých členských štátoch, ktoré si zachovávajú latinský model notára (Taliansko, Španielsko).

s článkom 45 prvým odsekom ES (teraz články 49 a 51 ZFEÚ), ktoré v čase, keď došlo k vytýkanému nesplneniu povinností, stanovovali slobodu usadiť sa pre fyzické osoby a právnické osoby takto:

„Článok 43

V rámci nasledujúcich ustanovení sa zakazujú obmedzenia slobody usadiť sa štátnych príslušníkov jedného členského štátu na území iného členského štátu. Zakazujú sa aj obmedzenia, ktoré sa týkajú zakladania obchodných zastúpení, organizačných zložiek a dcérskych spoločností štátnymi príslušníkmi jedného členského štátu na území iného členského štátu.…

Článok 45

Ustanovenia tejto kapitoly sa v členskom štáte nevzťahujú na činnosti, ktoré v tomto štáte súvisia, hoci len príležitostne, s výkonom štátnej moci.

Rada môže na návrh Komisie kvalifikovanou väčšinou hlasov stanoviť, že ustanovenia tejto kapitoly sa na určité činnosti nevzťahujú.“ [5]

2. Sekundárne právo

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

8. Článok 2 znel:

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

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

5 — Je potrebné uviesť, že hoci v rámci týchto konaní o nesplnení povinnosti účastníci konania bez rozdielu odkazujú na článok 45 ES, v skutočnosti sa nevyhnutne odkazuje na ustanovenie prvého z dvoch odsekov, ktoré tvoria tento článok, a teda ten, v ktorom sa uplatňovanie tejto slobody vymedzuje „v negatívnom zmysle“, keďže sa nevzťahuje na činnosti, ktoré súvisia s výkonom verejnej moci. Druhý odsek s veľmi odlišným významom upravuje všeobecný prípad hospodárskych činností, ktoré napriek tomu, že nesúvisia s výkonom verejnej moci, „môžu“ byť v zmysle ustanovení sekundárneho práva takpovediac „vylúčené“ zo slobody usadiť sa. K tomuto bodu sa neskôr vrátim.

9. Treba upozorniť, že notárske povolanie nebolo predmetom žiadnej právnej úpravy takého druhu, ako je právna úprava uvedená v odseku 2 uvedeného ustanovenia.

10. Smernica 89/48 bola zrušená a nahradená smernicou 2005/36. Nové znenie zachováva podstatu obsahu smernice 89/48, odôvodnenie č. 41 sa však javí ako novátorské v porovnaní s predchádzajúcou smernicou, keď zjavne nie irelevantne uvádza:

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

B — *Vnútroštátna právna úprava*

1. Notárske povolanie

11. Komisia aj členské štáty uviedli mnohé skutkové a právne okolnosti, ktoré podrobne opisujú notárske povolanie v každej krajine. S prihliadnutím na rozsah poskytnutých informácií, jednotný charakter týchto návrhov a potrebu vniesť do analýzy vo veci samej argumentačnú jasnosť však ďalej uvediem zhrnutie pre každú krajinu, a to jednak ustanovení, na ktoré sa odkazuje, ako aj funkcií, ktoré sa v jednotlivých členských štátoch pripisujú notárskemu povolaniu, medzi ktorými má osobitné postavenie osvedčovanie právnych úkonov.

a) Belgická právna úprava

12. Notárske povolanie je upravené zákonom z 25. ventôse roku XI (ďalej len „zákon zo 16. marca 1803"), ako aj rôznymi ustanoveniami uvedenými okrem iného v belgickom občianskom súdnom poriadku.

13. V belgickom právnom poriadku spočíva notárske povolanie hlavne vo vyhotovovaní verejných listín, ktoré majú dve hlavné charakteristiky: dôkaznú silu a vykonateľnosť. [6]

14. Na účely osvedčovania koná notár na podnet účastníkov konania a preskúma zákonnosť listiny, ktorá mu je predložená. Úkon notára môže byť povinný alebo dobrovoľný v závislosti od skutočnosti, ktorú má osvedčiť, a jeho účelom je osvedčiť dodržanie všetkých

6 — Článok 19 zákona zo 16. marca 1803.

zákonných podmienok na účely vykonania tohto úkonu, vrátane právnej spôsobilosti a spôsobilosti účastníkov konania na právne úkony. V rámci svojej činnosti notár oboznámi každého účastníka konania s jeho právami a povinnosťami, pričom zároveň poskytne nestranné rady. [7] Okrem toho notár priamo určuje a vyberá poplatky za registráciu a za založenie hypotéky.

15. Všetky verejné listiny vyhotovené notárom majú najvyššiu dôkaznú silu, ktorá je rovnocenná s dôkaznou silou listín vyhotovených predstaviteľom verejnej moci; dôkaz o opaku pripúšťajú len pred súdom. Preskúmanie posúdenia, ktoré vykonal notár, je možné na základe žaloby, ale len prostredníctvom mimoriadneho konania [8].

16. Verejná listina je navyše vykonateľná na celom území krajiny. [9] Notárska zápisnica je teda priamo vykonateľná voči dlžníkovi (pod podmienkou jej doručenia). Jej vykonanie prislúcha priamo verejnému orgánu – huissierovi (súdny tajomník). V prípade námietok proti vykonateľnosti sa môže dlžník obrátiť na súd prostredníctvom incidenčného konania týkajúceho sa výkonu rozhodnutia. [10]

17. Belgická vláda uviedla, že okrem činností spočívajúcich v osvedčovaní vykonávajú notári aj iné činnosti, hoci menšieho významu. Notár vykonáva činnosti spojené s predajom nehnuteľností v rámci exekučných konaní, konkurzných konaní, konaní o opatrovníctve alebo o dedičstve, so súpismi majetku, s rozdelením nedeliteľného majetku, ako aj v rámci zakladania, zlučovania a iných úkonov týkajúcich sa obchodných spoločností.

18. Pri výkone týchto funkcií je notár verejným činiteľom, ktorý koná ako zástupca verejnej moci, hoci sa notárska činnosť považuje za slobodné povolanie. [11] Notára nemožno odvolať z funkcie a podlieha disciplinárnemu režimu vyhradenému subjektom, ktoré zastupujú verejnú moc. [12] Odmena notára nemá obchodný charakter a je stanovená zákonom, ale klient má pri výbere notára značnú slobodu. Preto si notári pri získavaní klientely nekonkurujú cenovou politikou, ale sústreďujú sa na kvalitu služieb.

7 — Článok 9 ods. 1 bod 3 už citovaného zákona zo 16. marca 1803.

8 — Konanie „inscription en faux“, ktoré sa uplatňuje na notárske úkony, je upravené v občianskoprávnej oblasti v článku 895 belgického občianskeho súdneho poriadku.

9 — Článok 19 už citovaného zákona zo 16. marca 1803.

10 — Články 1395 a 1396 belgického občianskeho súdneho poriadku.

11 — Článok 1 už citovaného zákona zo 16. marca 1803.

12 — Článok 108 už citovaného zákona zo 16. marca 1803.

b) Francúzska právna úprava

19. Notárske povolanie vo Francúzsku je upravené zákonom zo 16. marca 1803 a inými osobitnými ustanoveniami uvedenými najmä v občianskom súdnom poriadku.

20. Aj vo Francúzsku je notárske povolanie charakteristické osvedčovaním listín a zmlúv predložených účastníkmi notárovi, pričom listina alebo zmluva nadobúdajú najvyššiu dôkaznú silu a vykonateľnosť. [13]

21. Francúzsky notár koná na podnet účastníka konania, hoci existujú niektoré listiny, ktorých vyhotovenie si jeho úkon povinne vyžaduje [14]. Na to, aby bola listina riadne osvedčená, vykonáva notár kontrolu zákonnosti transakcie a je povinný dodržiavať prísne formálne predpisy stanovené zákonom [15], vrátane povinnosti, ktorou sa ukladá vyhotoviť listinu vo francúzskom jazyku [16]. Notár je okrem toho povinný oboznámiť účastníkov s obsahom a účinkami listiny a je tiež povinný overiť, či účastníci vyjadrujú slobodne svoj súhlas, a overiť ich spôsobilosť na právne úkony.

22. Osvedčená listina má kvalifikovanú dôkaznú silu a možno ju spochybniť len v rámci osobitného konania, na ktoré je príslušný výlučne tribunal de grande instance. [17] Toto konanie sa začína ako incidenčné alebo hlavné konanie, podľa toho, či je obsah osvedčenej listiny spochybnený v rámci prebiehajúceho konania. [18] Výsledok tohto konania môže vyvolať sankcie, ktoré musí znášať jednak notár, ako aj účastník konania, ktorý podal návrh.

23. Vykonateľnosť notárskej zápisnice znamená, že ktorákoľvek zo strán môže podať návrh na jej nútený výkon s tým, že sa obráti priamo na verejný orgán s výlučnou právomocou v tejto oblasti, ktorým je huissier (súdny tajomník) [19]. Na rozdiel od súkromných listín nevyžaduje notárska zápisnica úkon súdu, keď sa má pristúpiť k jej vykonaniu, ani nie je potrebný súhlas dlžníka. Konanie o výkone

13 — Článok 1 uznesenia č. 45-2590 z 2. novembra 1945, článok 1319 občianskeho zákonníka a článok 19 už citovaného zo 16. marca 1803.

14 — Okrem iného darovacie zmluvy, manželské dohody, pripravovanie hypotekárnych listín alebo listín týkajúcich sa budúceho predaja veci.

15 — Pozri už citovaný zákon zo 16. marca 1803, ako aj osobitné ustanovenia, ktoré sú uvedené v článku 850 všeobecného daňového zákonníka.

16 — Pozri článok 1 zákona č. 94-665 zo 4. augusta 1994, ako aj stále platné nariadenie Villers-Cotterêts z roku 1539, ktoré zakladá povinnosť použiť francúzštinu pri vypracovaní verejných aktov.

17 — Článok 299 občianskeho súdneho poriadku.

18 — Články 306 a 314 občianskeho súdneho poriadku.

19 — Monopol na vyhotovenie listín a exekučných titulov má výlučne huissier (súdny tajomník) na základe článku 18 zákona č. 91-650 z 9. júla 1991 o reforme občianskoprávnych konaní týkajúcich sa výkonu rozhodnutia.

rozhodnutia je rovnaké, ako sa uplatňuje pri výkone rozsudkov. [20]

24. Francúzska vláda uviedla, že okrem funkcie osvedčovania vykonávajú notári aj iné činnosti, hoci menšieho významu. Notár vykonáva činnosti spojené s výberom iných poplatkov, než sú poplatky za osvedčovanie, ktoré ho dopĺňajú a preukazujú mieru zasahovania tohto povolania do verejnej moci.

25. Notár je verejným činiteľom, má delegovanú verejnú moc a podlieha osobitnému režimu nezlučiteľnosti funkcií, hoci svoju činnosť vykonáva ako slobodné povolanie. [21] Napriek tomu patrí notárska činnosť do rámca pôsobnosti preventívnej súdnej právomoci, ktorá zaručuje stabilitu právnych a sociálnych vzťahov. Notárska odmena (poplatky) je stanovená zákonom, ale klient má značnú slobodu pri voľbe notára. Ide teda o hospodársku činnosť vykonávanú v rámci režimu hospodárskej súťaže, v ktorom rozhodujúcim rozlišovacím prvkom medzi poskytovateľmi nie je cena, ale kvalita služby.

c) Luxemburská právna úprava

26. Notárske povolanie v Luxembursku je upravené zákonom z 9. decembra 1976, ako aj inými osobitnými ustanoveniami, medzi ktoré patrí nový občiansky súdny poriadok, zákon z 25. septembra 1905 a veľkovojvodské nariadenie zo 7. októbra 2000.

27. Aj luxemburské notárstvo sa vyznačuje tým, že ho tvoria verejní činitelia, ktorým je zverená úloha osvedčovať všetky listiny a zmluvy, ktoré im predkladajú účastníci konania [22]. S osvedčením sa spája vyššia dôkazná sila a vykonateľnosť. [23]

28. Notár koná na podnet účastníka a musí vykonávať kontrolu zákonnosti, ako aj zabezpečiť, aby sa dodržali rôzne zákonom predpísané formálne podmienky. V určitých prípadoch však môže byť notársky úkon povinný. [24] Notár musí overiť, či účastníci konajú absolútne slobodne a majú úplnú právnu spôsobilosť a spôsobilosť na právne úkony. Notár je tiež povinný poskytovať rady účastníkom konania úplne nestranne, ako aj oboznámiť účastníkov konania s ich právami a povinnosťami, ktoré vyplývajú z listiny a z jeho úkonu.

20 — Zákon č. 91-650 z 9. júla 1991.

21 — Verejnú povahu notárskej činnosti potvrdila francúzska Štátna rada rozsudkom z 9. júna 2006 (č. 280911), v ktorom rozhodla, že článok 45 prvý odsek ES sa vzťahuje na toto povolanie, hoci k tomuto záveru dospela bez toho, aby položila prejudiciálnu otázku Súdnemu dvoru.

22 — Článok 1 zákona z 9. decembra 1976.

23 — Články 37 a 45 zákona už citovaného v predchádzajúcej poznámke pod čiarou.

24 — Pozri napríklad zákon z 25. septembra 1905 v oblasti vecných práv týkajúcich sa nehnuteľností.

29. Osvedčovanie sa robí pripojením odtlačku pečiatky, ktorá obsahuje doložku vykonateľnosti. [25] Dôkazná sila listiny je v dôsledku toho osobitne vysoká a namietať proti nej možno len vo výnimočných prípadoch v rámci osobitného konania. [26]

30. Vykonateľnosť notárskej zápisnice umožňuje veriteľovi priamo začať konanie o výkone rozhodnutia proti dlžníkovi bez toho, aby začal určovacie konanie na súde. Veriteľ sa musí len obrátiť na orgán, ktorý má výlučnú právomoc v oblasti núteného výkonu rozhodnutia, ktorým je huissier. Proti rozhodnutiu, ktoré prijal huissier v konaní o výkone rozhodnutia, možno podať opravný prostriedok za rovnakých podmienok ako pri vykonaní súdneho rozhodnutia.

31. Luxemburská vláda uviedla, že okrem funkcií osvedčovania vykonávajú notári aj iné činnosti, hoci menšieho významu. Notár teda vykonáva funkcie spojené s predajom nehnuteľností v rámci exekučných konaní, konkurzných konaní, konaní o opatrovníctve alebo o dedičstve, so súpismi majetku a s rozdelením nedeliteľného majetku.

32. Notári sú verejní činitelia, ktorých vymenúva veľkovojvoda na návrh ministra spravodlivosti. Vykonávajú svoje funkcie na celom luxemburskom území, kde musia mať aj bydlisko. Hoci svoje činnosti vykonávajú ako slobodné povolanie, podliehajú osobitnému štatútu, ktorý obsahuje niektoré prísne pravidlá o nezlučiteľnosti funkcií. [27] Notárska odmena je stanovená zákonom, ale klienti majú možnosť slobodnej voľby notára, pokiaľ bolo v územnom obvode, v ktorom je potrebné vykonať úkon, vymenovaných viac notárov. Preto určitá forma slobodnej hospodárskej súťaže medzi notármi existuje, hoci sa konkurencia nezakladá na cenách, ale na kvalite služby.

d) Rakúska právna úprava

33. Notárska činnosť v Rakúsku je vo všeobecnosti upravená zákonmi z 25. júla 1871 a z 11. novembra 1970, ako aj rôznymi ustanoveniami občianskeho súdneho poriadku.

34. Rakúski notári sú verejní činitelia doživotne vymenovaní štátom, ktorých funkcie spočívajú okrem iného v osvedčovaní listín, ktoré nadobúdajú osobitnú dôkaznú silu a vykonateľnosť. [28]

25 — Veľkovojvodské nariadenie zo 7. októbra 2000.

26 — Článok 310 a nasl. nového občianskeho súdneho poriadku.

27 — Článok 6 zákona z 9. decembra 1976, už citovaného.

28 — § 292 občianskeho súdneho poriadku a § 3 zákona z 25. júla 1871, RGBl. 75/1871.

35. Ako Rakúska republika pripustila vo vyjadrení k žalobe, osvedčovanie je typickou činnosťou notárov v tejto krajine. Ide o činnosť vykonávanú na návrh účastníka, hoci v niektorých prípadoch je na účely spísania listiny a na to, aby nadobudla úplnú účinnosť, povinná. Notár vykonáva kontrolu zákonnosti listiny, ktorá mu je predložená, okrem toho poskytuje účastníkom rady o ich právach a povinnostiach, ako aj účinkoch úkonu, pričom zároveň konštatuje, či majú účastníci úplnú spôsobilosť na právne úkony.

36. Notár môže po spísaní listiny zastupovať účastníkov a v osobitných prípadoch môže prevziať zastúpenie pred súdmi a správnymi orgánmi. [29] Táto činnosť sa vykonáva samostatne a za odplatu.

37. Notárske zápisnice majú osobitnú dôkaznú silu, aj keď za veľmi prísnych podmienok sa pripúšťa dôkaz o opaku. [30]

38. V dôsledku osvedčenia sa notárske zápisnice stávajú exekučnými titulmi, ktoré možno vykonať priamo na návrh dotknutého subjektu podaný na verejný orgán s právomocou v tejto oblasti, ktorým je obvodný súd. [31] Nie je potrebný ani súhlas dlžníka, ani získanie určovacieho rozhodnutia súdu. Napriek tomu sú proti konaniu o výkone rozhodnutia prípustné opravné prostriedky, upravené osobitnými procesnými pravidlami týkajúcimi sa tohto konania. [32]

39. Rakúska vláda uviedla, že okrem funkcií osvedčovania vykonávajú notári aj iné činnosti. Notár teda vykonáva úlohu Gerichtskommissär (súdny komisár), ktorú mu ukladá zákon a ktorá predpokladá pomocnú činnosť a úkony v rámci určitých súdnych konaní, ako napríklad v oblasti dedenia. V postavení súdneho komisára notár vykonáva právomoc, do ktorej patrí vydávanie rozhodnutí s rovnakou právnou silou, ako vydávajú súdy.

40. Notár je verejný činiteľ, ktorého vymenúva spolkový minister spravodlivosti, a má povinnosť vykonávať verejné funkcie. A to aj napriek tomu, že notárska činnosť sa vykonáva ako slobodné povolanie. Notári vykonávajú svoje činnosti absolútne nezávisle a majú osobitné postavenie. Notárska odmena je upravená zákonom, klienti však majú

29 — § 5 zákona už citovaného v predchádzajúcej poznámke pod čiarou.

30 — § 292 občianskeho súdneho poriadku.

31 — V súvislosti s Bewilligungs-, resp. Exekutionsgericht (vykonávací súd) pozri § 17 a nasl. zákona z 27. mája 1896, RGBl. 79/1896.

32 — § 35 až § 37 zákona z 27. mája 1896, už citovaného v predchádzajúcej poznámke pod čiarou.

možnosť slobodnej voľby notára. Preto určitá forma slobodnej hospodárskej súťaže medzi notármi existuje, hoci sa konkurencia nerozvíja na základe cenovej politiky, ale na základe kvality služby.

e) Nemecká právna úprava

41. Notárska činnosť v Nemecku je upravená v zákone z 24. februára 1961, ako aj v rôznych ustanoveniach občianskeho súdneho poriadku.

42. Nemeckí notári sú nezávislí verejní činitelia, ktorí vykonávajú hlavne osvedčovanie listín. [33] V dôsledku úkonu notára nadobúda notárska zápisnica vykonateľnosť a má osobitnú dôkaznú silu. [34] Funkcia notára patrí do takzvanej „preventívnej spravodlivosti“ [35].

43. Osvedčovanie je najvýznamnejšou a najtypickejšou činnosťou notárskeho povolania. Na tento účel vykonáva notár kontrolu zákonnosti súkromných aktov, ktoré majú účastníci v úmysle uzavrieť, a zisťuje, či prejavujú vôľu v rámci úplnej spôsobilosti na právne úkony. [36] Ak sú splnené podmienky podľa zákona, je notár povinný pristúpiť k osvedčeniu. [37] V rámci svojej činnosti notár poskytuje účastníkom rady a oboznamuje ich s ich právami a povinnosťami, ako aj s účinkami spísania verejnej listiny. [38] Hoci notár koná na podnet účastníka a nie z úradnej moci, nemecký právny poriadok upravuje rozsiahle množstvo úkonov, ktoré si na to, aby boli v celom rozsahu účinné, vyžadujú úkon notára. [39]

44. Notárska zápisnica je osvedčením a nadobúda osobitnú dôkaznú silu, hoci sa pripúšťa dôkaz o opaku, pokiaľ sú splnené podmienky stanovené zákonom [40] a v závislosti od predmetu osvedčenia podľa toho, či ide o vyhlásenia tretích osôb, vyhlásenia notára alebo skutkové okolnosti.

45. Notárska zápisnica je vykonateľná: príslušným orgánom priamo prináleží, aby po jej doručení pristúpili k jej vykonaniu bez toho, aby bol potrebný súhlas dlžníka. To

33 — § 1 a § 20 ods. 1 zákona z 24. februára 1961, BGBl. I., s. 97.

34 — § 415, § 794 ods. 1 bod 5 a § 797 ods. 2 občianskeho súdneho poriadku.

35 — Podľa už citovaného § 1 zákona z 24. februára 1961 v nemčine „vorsorgende Rechtspflege“.

36 — § 14 ods. 2 zákona z 24. februára 1961, už citovaného.

37 — § 15 ods. 1 zákona z 24. februára 1961, už citovaného.

38 — § 14 ods. 1 bod 2 zákona z 24. februára 1961, už citovaného.

39 — Pozri napríklad prípady prísľubu darovania (§ 518 BGB), manželské dohody (§ 1408 BGB) a úkony vzdania sa dedičstva (§ 2346 BGB).

40 — § 415 ods. 2 občianskeho súdneho poriadku.

predpokladá, že dlžník sa podrobí nútenému výkonu v okamihu spísania verejnej listiny a jej osvedčenia. [41] Právomoc v oblasti núteného výkonu majú výlučne orgány určené zákonom, medzi ktoré notár nepatrí. [42] Proti rozhodnutiam prijatým v konaní o vykonaní verejnej listiny, ktoré súvisia s obsahom notárskej zápisnice, možno podať opravný prostriedok na súd. [43]

46. Nemecká vláda uviedla, že okrem funkcií osvedčovania vykonávajú notári aj iné činnosti, hoci menšieho významu. Notár teda vykonáva funkcie spojené s overovaním správnosti odpisov listín, udeľovaním splnomocnení a osvedčovaním čestných vyhlásení.

47. Nemecký notár je verejným činiteľom, ktorého vymenúva spolková krajina a ktorý svoje funkcie vykonáva v mene štátu. [44] Hoci notárska činnosť nemá obchodný charakter, notár pôsobí v rámci slobodného povolania, s výnimkou spolkovej krajiny Bádensko-Württenbersko [45]. V iných spolkových krajinách na zostávajúcom území vykonáva notár svoje povolanie výlučne alebo súčasne s povolaním advokáta. Notári majú osobitné postavenie, ktoré im zaručuje nezávislosť, pričom notárska odmena je stanovená zákonom. [46] Napriek tomu má klient rozsiahle možnosti voľby notára v určitom územnom rámci. [47] Preto hospodárska súťaž medzi notármi, ktorí pôsobia na rovnakom území, existuje, hoci sa nerozvíja na základe cenovej politiky, ale podľa kvality služieb.

f) Grécka právna úprava

48. Notársku činnosť v Grécku upravuje predovšetkým zákon č. 2830/2000.

49. Grécky notár je verejný činiteľ, ktorý je príslušný v prvom rade osvedčovať listiny, ktoré na základe jeho úkonov nadobúdajú dôkaznú silu a vykonateľnosť. [48]

41 — § 794 ods. 1 bod 5 občianskeho súdneho poriadku.

42 — Existujú rôzne príslušné orgány, medzi ktoré patria súdni úradníci (Gerichtsvollzieher), súd v konaní o výkone rozhodnutia (Vollstreckungsgericht), súd vo veci samej (Prozessgericht) a katastrálne úrady (Grundbuchamt).

43 — § 732 a § 797 ods. 3 občianskeho súdneho poriadku.

44 — § 1 už citovaného zákona z 24. februára 1961.

45 — V tomto prípade je notár verejným činiteľom, ktorý je formálne súčasťou verejnej správy.

46 — § 17 už citovaného zákona z 24. februára 1961.

47 — § 10a a § 11 už citovaného zákona z 24. februára 1961.

48 — Článok 1 ods. 1 zákona č. 2830/2000.

50. Notár je zodpovedný za osvedčovanie listín, ktoré mu slobodne predkladajú účastníci, hoci v určitých prípadoch je jeho úkon povinný [49]. Notár oboznamuje účastníkov s ich právami a povinnosťami a radí im v súvislosti s nimi a poskytuje svoje služby úplne nezávisle.

51. Notárske zápisnice majú osobitnú dôkaznú silu, keďže sa nimi dá namietať *erga omnes*. [50] Proti obsahu zápisnice možno namietať len z výnimočných dôvodov.

52. Keďže je notárska zápisnica vykonateľná, návrh na jej vykonanie je možné podať priamo orgánu s právomocou v oblasti výkonu rozhodnutí. Napriek tomu je proti nútenému výkonu za určitých zákonom stanovených okolností možné podať opravný prostriedok, aj keď incidenčným spôsobom. [51]

53. Grécka vláda uviedla, že okrem funkcií osvedčovania vykonávajú notári aj iné činnosti, hoci menšieho významu. Notár teda vykonáva okrem iného funkcie spojené s predajom nehnuteľností v rámci konaní o nútenom výkone rozhodnutí, konkurzných konaní, konaní o opatrovníctve alebo dedičských konaní a v súvislosti so súpismi majetku, ako aj s rozdelením nedeliteľného majetku.

54. Notár je verejným činiteľom, ktorý služby poskytuje nezávisle a prijíma odmenu priamo od klienta. Hoci cena notárskych služieb je stanovená zákonom, klient má určitú slobodu pri výbere notára.

55. Preto existuje určitá forma hospodárskej súťaže medzi notármi, ktorá sa nerozvíja prostredníctvom cenovej politiky, ale na základe kvality služieb.

g) Zhrnutie

56. Po zhrnutí všetkého, čo bolo uvedené v predchádzajúcich bodoch, sa zdá oprávnené uviesť, že šesť žalovaných štátov prijalo a rozvinulo spoločný model notárskeho povolania, najmä pokiaľ ide o osvedčovanie a jeho účinky: dôkaznú silu a vykonateľnosť. Rovnako je zjavné, že vo všetkých štátoch podlieha notár osobitnému a zmiešanému režimu, ktorý je vytvorený ako stredná cesta medzi verejnou službou a slobodným povolaním, a má práva a povinnosti, ktoré z notárskej činnosti robia úrad vykonávajúci hospodársku činnosť *sui generis*. Tento stupeň základnej zhody umožňuje poskytnúť jedinú odôvodnenú odpoveď na tieto žaloby o nesplnenie povinnosti.

49 — Napríklad v prípade založenia spoločnosti, darovania medzi živými alebo prevodu nehnuteľností.

50 — Článok 438 zákona č. 2830/2000, už citovaného.

51 — Článok 933 a nasl. zákona č. 2830/2000, už citovaného.

2. Vnútroštátne ustanovenie, ktoré je osobitným predmetom žalôb: ustanovenia o štátnej príslušnosti

57. Po vymedzení základného právneho rámca týkajúceho sa notárskeho povolania je potrebné uviesť ustanovenia, ktoré Komisia vytýka v tomto konaní, ktorých cieľom je obmedziť prístup k notárskemu povolaniu len na štátnych príslušníkov dotknutého členského štátu.

a) Belgická právna úprava

58. Článok 35 ods. 3 zákona zo 16. marca 1803 v znení zákona zo 4. mája 1999 podmieňuje vykonávanie notárskeho povolania v Belgicku štátnou príslušnosťou. Znie:

„Na to, aby žiadateľ mohol byť vymenovaný za notárskeho kandidáta, musí: 1. byť belgickým štátnym príslušníkom…“

b) Francúzska právna úprava

59. Článok 3 dekrétu z 5. júla 1973 v znení dekrétu č. 89-399 z 20. júna 1989, obsahuje ustanovenie o štátnom občianstve, ktorým podmieňuje prístup k notárskemu povolaniu vo Francúzsku takto:

„Notárom sa môže stať len ten, kto spĺňa tieto podmienky: 1. je francúzskym štátnym príslušníkom…“

c) Luxemburská právna úprava

60. Článok 15 zákona z 9. decembra 1976 o organizácii notárstva obsahuje ako podmienku prístupu k notárskemu povolaniu v Luxembursku ustanovenie o štátnej príslušnosti. Znie:

„Na účely prístupu k notárskym funkciám je potrebné: a) byť luxemburským štátnym príslušníkom…“

d) Rakúska právna úprava

61. § 6 ods. 1 písm. a) notárskeho poriadku RGBl č. 75/1871 v znení zákona uverejneného v BGBl č. 164/2005 obsahuje ako podmienku prístupu k notárskemu povolaniu v Rakúsku ustanovenie o štátnej príslušnosti, ktoré znie:

„Na účely výkonu notárskeho povolania musí kandidát: a) mať rakúsku štátnu príslušnosť…“

e) Nemecká právna úprava

62. § 5 spolkového notárskeho poriadku v znení § 3 zákona z 26. marca 2007 obsahuje ako podmienku prístupu k notárskemu povolaniu v Nemecku ustanovenie o štátnej príslušnosti. Znie:

„Titul notára môžu získať len osoby, ktoré majú bydlisko v Nemecku a nemeckú štátnu príslušnosť, ktoré spĺňajú podmienky prístupu k súdom stanovené spolkovým zákonom o postavení sudcov."

f) Grécka právna úprava

63. Článok 19 ods. 1 uvedeného zákona č. 2830/2000 podmieňuje prístup k notárskemu povolaniu v Grécku ustanovením o štátnej príslušnosti, ktoré znie:

„Za notára môže byť vymenovaný ten, kto má grécku štátnu príslušnosť…"

III — Návrhy účastníkov konania

64. Komisia vo veciach spojených na účely týchto návrhov, pričom ju podporuje Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska, navrhuje, aby Súdny dvor rozhodol, že:

— Belgické kráľovstvo, Francúzska republika, Luxemburské veľkovojvodstvo, Rakúska spolková republika, Spolková republika Nemecko a Helénska republika si tým, že obmedzili prístup k notárskemu povolaniu výlučne na štátnych príslušníkov svojej krajiny, nesplnili povinnosti, ktoré im vyplývajú z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES,

— Belgické kráľovstvo, Luxemburské veľkovojvodstvo, Rakúska spolková republika, Spolková republika Nemecko a Helénska republika si tým, že na notárske povolanie neuplatnili smernicu 2005/36/EHS o uznávaní odborných kvalifikácií, nesplnili povinnosti, ktoré im z tejto smernice vyplývajú,

— Belgické kráľovstvo, Francúzska republika, Luxemburské veľkovojvodstvo, Rakúska spolková republika, Spolková republika Nemecko a Helénska republika sú povinné nahradiť trovy konania.

65. Žalované štáty s podporou Litvy, Rumunska, Bulharskej republiky, Poľskej republiky, Slovinskej republiky, Českej republiky, Slovenskej republiky, Maďarskej republiky a Lotyšskej republiky navrhujú, aby Súdny dvor:

rozhodol, že žaloba je nedôvodná, keďže vôbec nedošlo k porušeniu článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES, a zaviazal Komisiu na náhradu trov konania,

okrem toho Spolková republika Nemecko ako predbežnú otázku vzniesla námietku neprípustnosti, pričom uviedla, že Komisia sa v konaní pred podaním žaloby odvolávala na smernicu 89/48/EHS, zatiaľ čo teraz v žalobe vytýka nesplnenie smernice 2005/36, ktorá nahradila predchádzajúcu smernicu.

IV — O prípustnosti

66. Vo veci C-54/08, ktorá sa týka Spolkovej republiky Nemecko ako žalovanej, vzniesol Nemecko s podporou Slovenska a Lotyšska námietku neprípustnosti z dôvodu ustanovení, na ktoré sa odvolávala Komisia. Tento členský štát tvrdí, že Komisia mu vytýkala porušenie smernice 89/48/EHS počas konania pred podaním žaloby o nesplnenie povinnosti, zatiaľ čo teraz, v konaní pred súdom, mu vytýka porušenie smernice 2005/36, ktorá je normatívnym textom nahradzujúcim predchádzajúci text.

67. Tejto námietke nie je možné vyhovieť.

68. Podľa ustálenej judikatúry je riadny priebeh konania pred podaním žaloby zásadnou zárukou požadovanou Zmluvou nielen na ochranu práv dotknutého členského štátu, ale aby sa tiež zabezpečilo, že prípadné súdne konanie bude mať jasne stanovený predmet konania. Až po náležitom konaní pred podaním žaloby môže Súdny dvor v rámci súdneho konania rozhodnúť, či si členský štát skutočne nesplnil konkrétne povinnosti, ktorých porušenie uvádza Komisia. [52]

69. Tak ako zdôraznil Súdny dvor, aj „keď návrhy obsiahnuté v žalobe v zásade nemôžu byť rozšírené nad rámec nesplnení povinností uvádzaných vo výroku odôvodneného stanoviska a vo výzve, pokiaľ dôjde počas konania pred podaním žaloby k zmene práva

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

Spoločenstva, platí, že Komisia je oprávnená domáhať sa určenia nesplnenia povinností majúcich svoj pôvod v pôvodnej verzii aktu Spoločenstva, následne zmeneného alebo zrušeného, ktoré nové ustanovenia aktu Spoločenstva zachovali“. [53]

70. Ako teda uviedla Komisia, z porovnania uvedených ustanovení vyplýva, že smernica 2005/36 len posilnila a nahradila smernicu 89/48/EHS. Preto povinnosti, ktoré zaväzovali členské štáty v dôsledku smernice 89/48/EHS, väčšinou platia ďalej na základe smernice 2005/36.

71. Z toho vyplýva, že je potrebné vyhlásiť žalobu za prípustnú a zamietnuť námietku neprípustnosti, ktorú vznieslo Nemecko, keďže odkazuje na povinnosti vyplývajúce zo smernice 2005/36, ktoré už predtým vyplývali zo zmenenej smernice.

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

V — O veci samej

A — *O prvom žalobnom dôvode týkajúcom sa nesplnenia povinnosti*

72. V prvom žalobnom dôvode týkajúcom sa nesplnenia povinnosti Komisia navrhuje, aby Súdny dvor rozhodol, že žalované členské štáty tým, že obmedzili prístup k notárskemu povolaniu jedine a výlučne na svojich štátnych príslušníkov, porušili článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES.

73. Tieto členské štáty namietajú iný výklad dotknutého ustanovenia, ktorý vyplýva zo spojeného znenia týchto dvoch ustanovení, ktorý sa zakladá v podstate na negatívnom vymedzení rámca pôsobnosti pravidla uvedeného v druhom ustanovení, čiže navrhujú iný výklad výrazov „činnosti, ktoré v tomto štáte súvisia, hoci len príležitostne, s výkonom štátnej moci“.

74. Keď sa totiž diskusia zúži na svoju podstatu, tak kým podľa Komisie sa článok 45 ES prvý odsek ES v podstate týka pravidla obmedzujúceho sa na pojem „donútenie“, členské štáty obhajujú širší výklad v tom zmysle že podľa ich názoru toto ustanovenie zahŕňa každú formu rozhodnutia, ktoré má osobitné a iné účinky než tie, ktoré vyvoláva súkromná listina.

1. Tri úvodné pripomienky všeobecného charakteru

75. Na úvod uvádzam tri všeobecné úvahy. Prvá sa týka štruktúry pravidla vyplývajúcej zo znenia článku 43 ES v spojení s článkom 45 prvým odsekom ES; druhá sa týka významu alebo, inak povedané, štruktúry samotného článku 45 prvého odseku ES; tretia sa týka uplatňovania zásady proporcionality.

a) Právny predpis, ktorého porušenie Komisia vytýka členským štátom: článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES

76. Ako som práve uviedol, Komisia vytýka porušenie pravidla, ktoré vyplýva zo znenia článku 43 ES v spojení s článkom 45 prvým odsekom ES, z ktorých vyplýva rozsah pôsobnosti slobody usadiť sa. Osobitosť tohto nesplnenia povinnosti vyvodeného zo spoločného výkladu týchto dvoch ustanovení Zmluvy si zasluhuje môj prvý komentár.

77. Článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES totiž tvoria normatívnu jednotu, keďže vychádzajú z jedného pravidla (sloboda usadiť sa) a z výnimky (činnosti súvisiace s výkonom verejnej moci), ktorá takýmto spôsobom vymedzuje jej rámec pôsobnosti. Zo spojenia týchto dvoch pravidiel vyplýva predpis, ktorý je pre riešenie tejto veci rozhodujúci. Nejde teda o jedno pravidlo (článok 43 ES), z ktorého by existovala *výnimka* (článok 45 prvý odsek ES), ale o iné pravidlo: pravidlo, ktoré určuje rámec pôsobnosti slobody usadiť na účely výkonu činností, ktoré vôbec *nesúvisia* s výkonom verejnej moci. Toto je hmotnoprávny rámec pôsobnosti slobody zaručenej Zmluvou a v tomto zmysle sa má chápať stanovisko Komisie, keď vyhlasuje, že boli porušené článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES.

78. Na druhej strane je to základný rozdiel, ktorý z funkčného hľadiska oddeľuje dva odseky, ktoré tvoria článok 45 ES. Prvý, ako sme práve videli, priamo a taxatívne (*výlučne*), hoci v negatívnom zmysle, vymedzuje rámec pôsobnosti slobody, pričom ihneď vyhlasuje, že z tohto rámca sú vyňaté („nevzťahujú sa“) činnosti, ktoré v tomto štáte súvisia s výkonom verejnej moci. Druhý odsek naopak len upravuje možnosť, aby sekundárne právo stanovilo ďalšie obmedzenia rámca slobody vymedzeného Zmluvou, ktorý vyplýva zo znenia článku 43 ES v spojení s článkom 45 prvým odsekom. Tieto žaloby o nesplnenie povinnosti sa však vôbec netýkajú tejto všeobecnej možnosti uplatnenia konkrétnej výnimky z rámca pôsobnosti slobody usadiť sa, ktorá navyše doteraz nebola nikdy použitá. Jej

významný rozdiel oproti ustanoveniu prvého odseku však umožňuje pochopiť a vysvetliť jeho funkciu a význam.

79. Preto musím trvať na tom, že článok 43 ES nepotvrdzuje slobodu usadiť sa, z ktorej by *následne* boli stanovené výnimky v článku 45 prvom odseku ES. Inými slovami to znamená, že nejde o výnimku z pôsobnosti pravidla, ale o výnimku tvoriacu pravidlo, ktoré v Zmluve určuje rozsah pôsobnosti slobody. Povinnosť členských štátov preto spočíva v tom, aby účinne zabezpečili slobodu usadiť sa vo vzťahu k hospodárskym činnostiam, ktoré nesúvisia, čo i len príležitostne, s výkonom verejnej moci. Pri určovaní významu článku 43 ES vyplývajúceho z článku 45 prvého odseku ES budem ďalej odkazovať na „negatívny rámec pôsobnosti slobody usadiť sa".

b) Zložitosť výkladu zmyslu článku 45 prvého odseku ES

80. Druhá úvodná pripomienka všeobecného charakteru má už hmotnoprávnu povahu. Zdá sa, že je už od začiatku jasné, že odkaz na hospodárske „činnosti", ktoré „súvisia… s výkonom štátnej moci", uvedený v článku 45 prvom odseku ES, sa týka *cudzieho prvku* vo fenomenológii modernej verejnej moci. Oddelenie verejného a súkromného rámca – alebo inými slovami štátu od spoločnosti – typické v modernom politickom svete spôsobuje, že v dnešných časoch v zásade žiadna z činností, ktoré súvisia s výkonom verejnej moci, neostáva mimo troch mocí, na ktoré sa verejná moc delí. Privatizovaná (alebo nezoštátnená) hospodárska činnosť, ktorá však patrí do výkonu verejnej moci, je preto v štruktúre Zmluvy relatívne *nečakaná*. Toto je však význam, ktorý vyplýva aj dnes z článku 51 ZFEÚ (predtým článok 45 ES), a to už od prvej verzie Zmluvy EHS z roku 1957. Rovnaké ustanovenie sa okrem toho nachádza a je zopakované v článkoch 23 a 27 Dohody o Európskom združení voľného obchodu.

81. Zdá sa prirodzené predpokladať, že táto sústavná existencia uvedeného ustanovenia počas vývoja primárneho práva zodpovedá nejakému účelu, a teda vyjadruje určitú myšlienku, ktorá za tým stojí. [54] Jediným logickým vysvetlením je, že všetky členské štáty, ktoré

54 — Pozri Tomuschat, C.: Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt. In: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 1967, 27, s. 53 a nasl.

sú autormi zmlúv a pravdepodobne sa inšpirovali svojimi právnymi kultúrami a tradíciami, venovali pozornosť skutočnosti, že aspoň vo väčšine prípadov ich právne poriadky upravovali určité činnosti súvisiace s výkonom verejnej moci, ktoré však neboli zverené verejným orgánom, ale ktoré, naopak, preberali formu hospodárskych činností alebo činností zverených hospodárskym subjektom. Prístup vedúci k záveru, že mi *neprichádza na myseľ* žiadna činnosť, ktorá by si zaslúžila takúto kvalifikáciu, vyvoláva pochybnosti o dôvodnosti tohto výkladu.

82. Na druhej strane je možné sa domnievať, že článok 45 prvý odsek ES je koncipovaný ako ustanovenie, ktoré štátom umožňuje vykonávať neurčitú alebo všeobecnú privatizáciu politickej moci (osobitnú formu *prenesenia*), priznávajúc jej charakter „hospodárskej činnosti". Nezdá sa mi, že ide o tento prípad. Naopak, článok 45 prvý odsek ES sa má chápať ako ustanovenie, ktoré neodkazuje na budúcnosť, ako skôr na *minulosť*. Pravdepodobne najsprávnejší výklad článku 45 prvého odseku ES je ten, že Zmluvou sa chcelo stanoviť, že sloboda usadiť sa sa nevzťahuje na niektoré hospodárske činnosti, ktorých predmetom je výnimočne aj naďalej určitá forma účasti na politickej moci štátu. Prirodzene, Zmluva štátom priznáva úplnú slobodu, aby zachovali takéto hospodárske činnosti alebo ich ukončili. V rozsahu, v akom štáty zachovajú tieto činnosti, Zmluva priamo stanovuje, že sa na ne nevzťahuje sloboda usadiť sa. Dalo by sa uvažovať v tom zmysle, že ide o podobné ustanovenie ako fakultatívne ustanovenie „stand still".

c) Začlenenie zásady proporcionality

83. V priebehu tohto konania členské štáty uviedli, že uplatňovanie článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES nepripúšťa kontrolu proporcionality. Týmto argumentom žalované štáty a štáty, ktoré vstúpili do konania ako vedľajší účastníci, tvrdia, že pokiaľ sú splnené podmienky uvedené v článku 45 prvom odseku ES, nie je možné vykonať žiadne posúdenie, ktoré by umožnilo uplatniť toto ustanovenie stupňovito. Práve toto stupňovité uplatňovanie výnimky zo základných slobôd je úlohou zásady proporcionality, keďže predstavuje nástroj, ktorý sa má používať na určenie miery, do akej je obmedzenie slobody potrebné na dosiahnutie legitímnych cieľov bezpečnosti, verejného zdravia alebo

verejného poriadku. [55] Štáty žalované v tomto konaní zhodne tvrdia, že článok 45 prvý odsek ES nepripúšťa zisťovanie z hľadiska zásady proporcionality, ale je takzvaným binárnym ustanovením: buď sa uplatňuje, alebo sa neuplatňuje, avšak bez toho, aby sa subjektu, ktorý ho vykladá, ponechal akýkoľvek priestor na voľnú úvahu.

84. Vždy, keď sa tento súd zaoberal otázkou týkajúcou sa výkladu článku 45 prvého odseku ES, sa totiž rozbor obmedzoval na objasnenie, či skúmaná činnosť priamo a účinne súvisí s výkonom verejnej moci. Ako však vysvetlím neskôr, treba tiež zdôrazniť, že až doteraz Súdny dvor nepotreboval prekročiť prvú fázu postupu požadovaného uplatňovaním článku 45 prvého odseku ES, keďže sa pri prvom pojmovom prístupe vždy mohol obmedziť na vyhlásenie, že dotknutá činnosť nesúvisí s verejnou mocou. Inými slovami, prípady, v ktorých musel Súdny dvor rozhodovať o výklade článku 45 prvého odseku ES, mohli byť vyriešené bez potreby podrobne vysvetliť pojem kategórie „štátna moc“ [56]. Naproti tomu pri kladnej odpovedi musí Súdny dvor vykonať dôkladnejšiu úvahu. V tomto druhom prípade spočíva výklad v určení, či je sporné vnútroštátne opatrenie potrebné na dosiahnutie cieľov uvedených v článku 43 ES a článku 45 prvom odseku ES, a to podľa toho, do akej miery dotknutá činnosť súvisí s výkonom verejnej moci.

85. Preto môžeme dospieť k záveru v tom zmysle, že článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES pripúšťajú kontrolu proporcionality.

86. V súvislosti s uvedenými ustanoveniami sa prípadná kontrola proporcionality uplatňuje tak, že sa vykoná podobné preskúmanie, aké používa Súdny dvor vo svojej judikatúre [57], kde sa prihliada na jednej strane na účinok prijatého opatrenia a na druhej strane na mieru, do akej dotknutá činnosť súvisí s výkonom verejnej moci. Čím priamejšia a bezprostrednejšia je súvislosť, o to väčší bude rozsah opatrení uvedených v článku 45 prvom odseku ES. Čím nepriamejšia je táto súvislosť, o to menej bude opatrení, ktoré je možné na jej základe odôvodniť, a to pokiaľ ide o kvalitu, ako aj o intenzitu.

55 — Článok 46 ods. 1 ES. Toto ustanovenie vykladal Súdny dvor tak, že uplatňoval kontrolu proporcionality z prípadu na prípad, ako vyplýva z početnej judikatúry. Pozri nedávne rozsudky z 12. septembra 2006, Cadbury Schweppes a Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Zb. s. I-7995, bod 61 a nasl., a z 3. októbra 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Zb. s. I-9521, bod 46. O tejto zásade a jej úlohe pri určovaní rámca základných slobôd pozri Tridimas, T.: *The General Principles of EU Law*. 2. vyd. Oxford University Press, 2006, s. 193 a nasl.; Galetta, D. U.: *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*. Giuffrè Editore: Milano 1998, s. 103 a nasl.

56 — Za všetky pozri Henssler, M., Filian, M.: Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG. In: *Europarecht*, 2005, s. 192 a nasl.

57 — Pozri judikatúru už citovanú v poznámke pod čiarou 55.

2. Činnosť súvisiaca s výkonom verejnej moci

a) Judikatúra Súdneho dvora

87. Keď sa preskúma súčasný stav judikatúry týkajúcej sa článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES, prvou vecou, ktorú je potrebné zdôrazniť, je frekvencia, s akou Súdny dvor zdôrazňoval potrebu zachovať reštriktívny výklad. Od roku 1974 vo veci Reyners [58] sa ukázala tendencia judikatúry obmedziť dotknuté ustanovenie na veľmi malý priestor. Dôkazom toho je skutočnosť, že po viac ako pol storočí judikatúry a po vyhlásení asi pätnástich rozsudkov Súdny dvor ešte nerozhodol, že určitá činnosť patrí do rámca pôsobnosti článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES.

88. Po druhé judikatúra spresnila, že pojem „činnosť“ nie je synonymom „povolania“. Preto skutočnosť, že nejaká činnosť sama osebe súvisí s výkonom verejnej moci, neznamená, že článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES platia na všetky ostatné činnosti, ktoré vykonáva dotknutá osoba v rámci svojho povolania. Táto úvaha priviedla Súdny dvor k záveru, že len v prípadoch tých činností súvisiacich s výkonom verejnej moci, ktoré sú neoddeliteľné od ostatných činností, je možné obmedziť rozsah pôsobnosti článku 43 ES vo vzťahu k povolaniu ako takému. Ako rozhodol Súdny dvor v už citovanom rozsudku Reyners, rozšírenie výroku na celé povolanie sa nedá pripustiť, „keď sú v rámci nezávislého povolania činnosti, ktoré súvisia s výkonom verejnej moci, oddeliteľné od predmetnej odbornej činnosti ako celku“ [59].

89. Po tretie vo veci Reyners Súdny dvor spresnil, že uplatňovanie článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES „sa… obmedzuje iba na tie činnosti, ktoré vykonávané samy osebe súvisia priamo a osobitne s výkonom štátnej moci“ [60], a neumožňuje členským štátom prijímať v tejto súvislosti jednostranné opatrenia, ktoré rozširujú alebo obmedzujú jeho medze [61].

90. Napokon štvrtý bod tejto judikatúry, ktorý si zaslúži zdôraznenie, je potreba analyzovať osobitné funkcie, ktoré sa vykonávajú pri každej činnosti, v rámci osobitne dôkladného posúdenia konkrétnych okolností osobitného prípadu, ktoré nútia Súdny dvor, aby sa

58 — Rozsudok z 21. júna 1974, Reyners, 2/74, Zb. s. 631.

59 — Už citovaný v predchádzajúcej poznámke pod čiarou, bod 47.

60 — Tamže, bod 45.

61 — Rozsudok z 15. marca 1988, Komisia/Grécko, 147/86, Zb. s. 1637, bod 8.

dôkladnejšie zaoberal otázkami vnútroštátneho práva, ktoré nie je vždy jednoduché zodpovedať. Od vyhlásenia rozsudku Reyners bolo vysvetlené, že existencia viacerých predpokladov na účely uplatňovania článku 45 prvého odseku ES sa musí „posudzovať osobitne v každom členskom štáte z hľadiska vnútroštátnych predpisov jednotlivých členských štátov upravujúcich organizáciu a výkon tohto povolania“ [62]. Táto charakteristika robí z judikatúry kazuistiku, ktorá je málo expresívna a úzko súvisí s osobitosťami každej činnosti. Skutočne v súčasnosti neexistuje jediné rozhodnutie, v ktorom Súdny dvor vysvetlil význam výrazov „priamo“ alebo „osobitne“ alebo „verejná moc“.

91. Pokiaľ ide o praktické riešenia vyplývajúce z tejto judikatúry, je nutné konštatovať, ako som už predtým uviedol, že žiadne z rozhodnutí vyhlásených Súdnym dvorom ešte doteraz nedospelo k záveru v tom zmysle, že činnosť súvisí priamo a osobitne s výkonom verejnej moci. [63]

Advokátske [64] a učiteľské povolanie alebo riadenie súkromných vyučovacích stredísk [65], správa systémov spracovania údajov pre verejné orgány [66], činnosť kontrolóra poisťovní [67], technickej kontroly vozidiel [68], prevádzkovanie stávok a lotérií [69] súkromné bezpečnostné služby [70], verejné záchranné služby [71], orgány kontroly ekologických poľnohospodárskych výrobkov [72]; všetky tieto činnosti boli Súdnemu dvoru predložené na preskúmanie, pričom v každom prípade vylúčil, že ide o činnosti súvisiace s výkonom verejnej moci v zmysle článku 45 prvého odseku ES [73].

62 — Rozsudok Reyners, už citovaný, bod 49.

63 — Spolková republika Nemecko tvrdí, že v rozsudku z 5. októbra 1994, Van Schaik, C-55/93, Zb. s. I-4837, Súdny dvor dospel k záveru, že hospodárska činnosť súvisela s výkonom verejnej moci. V bode 16 tohto rozsudku bolo v podstate uvedené, že udelenie povolenia na vykonávanie technickej kontroly vozidiel členským štátom spôsobuje rozšírenie verejnej moci mimo územia štátu. Súdny dvor teda dospel k záveru, že možnosť udeľovať povolenia, a nie autorizovaná hospodárska činnosť, súvisí s výkonom verejnej moci.

64 — Rozsudok Reyners, už citovaný.

65 — Rozsudok Komisia/Grécko, už citovaný.

66 — Rozsudok Súdneho dvora z 5. decembra 1989, Komisia/Taliansko, C-3/88, Zb. s. 4035.

67 — Rozsudok Súdneho dvora z 13. júla 1993, Thijssen, C-42/92, Zb. s. I-4047.

68 — Rozsudky Súdneho dvora z 22. októbra 2009, Komisia/Portugalsko, C-438/08, Zb. s. I-10219, a Van Schaik, už citovaný.

69 — Rozsudok Súdneho dvora z 26. apríla 1994, Komisia/Taliansko, C-272/91, Zb. s. I-1409.

70 — Rozsudky Súdneho dvora z 29. októbra 1998, Komisia/Španielsko, C-114/97, Zb. s. I-6717; z 9. marca 2000, Komisia/Belgicko, C-355/98, Zb. s. I-1221; z 31. marca 2001, Komisia/Taliansko, C-282/99, Zb. s. I-4363, a z 13. decembra 2007, Komisia/Taliansko, C-465/05, Zb. s. I-11091.

71 — Rozsudok Súdneho dvora z 29. apríla 2010, Komisia/Nemecko, C-160/08, Zb. s. I-3713.

72 — Rozsudky Súdneho dvora z 29. novembra 2007, Komisia/Nemecko, C-404/05, Zb. s. I-10239, a Komisia/Rakúsko, C-393/05, Zb. s. I-10195.

73 — To neznamená, že Súdny dvor sa nevyjadril o činnostiach, ktoré by mohli patriť do rámca pôsobnosti článku 45 prvého odseku ES, ako to bolo v prípade už citovanej veci Van Schaik, alebo do rámca pôsobnosti článku 39 ods. 4 o voľnom pohybe pracovníkov, v ktorých sa nachádzajú ako *obiter dicta* určité poukázania na činnosti, ktoré by hypoteticky mohli súvisieť s výkonom verejnej moci, ako v prípade funkcií polície alebo štátnych úradníkov v rozsudku Súdneho dvora z 30. septembra 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01, Zb. s. I-10391.

b) Potreba dôkladnejšie definovať pojem verejná moc

92. Ako som práve uviedol, je málo okolností, ktoré sa dajú vyvodiť z judikatúry pri preskúmavaní povahy alebo kvality „štátnej moci“ uvedenej v predmetnom ustanovení. Definícia toho, čo predstavuje „štátnu moc“ v zmysle článku 45 prvého odseku ES [74] musí nevyhnutne vychádzať z *predbežného pochopenia* myšlienky verejnej moci ako bežnej kategórie štátnej doktríny, do ktorej z pojmového hľadiska nevyhnutne patrí Európska únia, keďže ide o spoločenstvo štátov. [75]

93. V tomto zmysle je „verejná moc“ predovšetkým „mocou“, čiže spôsobilosťou prikazovať určité správanie v súlade s vôľou, ktorej nemožno odporovať. Podľa všeobecne prijímaného významu výrazu a v jeho najširšom zmysle táto spôsobilosť prináleží štátu, teda inštitúcii, v ktorej sa zosobňuje právny poriadok ako nástroj správy a riadenia legitímnej moci. [76] Preto je štátna moc zvrchovanou mocou, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. To znamená, že v štáte neexistuje iná legitímna moc ako tá, ktorú vykonáva verejná moc, či už v prospech existencie štátu a dosahovania jeho cieľov (všeobecný záujem), alebo na účely legitímnych očakávaní určitého správania určitých jednotlivcov vo vzťahu k iným jednotlivcom (súkromný záujem). V druhom prípade sa vždy musia dodržiavať vopred ustanovené podmienky. [77]

95. Účel použitia moci monopolizovanej a vykonávanej štátom je nepochybne prvým kritériom na stanovenie hranice medzi verejnou mocou a jednotlivcami. Verejná moc totiž musí zabezpečiť dosiahnutie cieľov všeobecného charakteru, ktoré tvoria základ legitimity konkrétnej formy štátu, ktorú prijala verejná moc (v Európe je to typicky sociálny a demokratický právny štát). Naopak jednotlivci pri výkone svojej autonómie ako osoby môžu sledovať splnenie svojich súkromných záujmov a môžu to robiť s tým, že v prípade

74 — Tento článok okrem iného vo svojich rôznych jazykových verziách používa bez rozdielu dva pojmy, ktoré teoreticky majú určité odtiene, ako pojmy „verejná autorita“ a „verejná moc“. O „verejnej autorite“ sa hovorí napríklad vo francúzskej verzii („l'exercice de l'autorité publique“), v anglickej („the exercise of official authority“), portugalskej („exercício da autoridade pública“), rumunskej („exercitării autorităriі publice“) a maltskej („l-eżerċizzju ta' l-awtorità publika“), zatiaľ čo výraz „verejná moc“ uprednostňuje španielska verzia („ejercicio del poder público“), nemecká („Ausübung öffentlicher Gewalt“), talianska („esercizio dei pubblici poteri“) a švédska („utövandet av offentlig makt“).

75 — Hoci posledné slovo pri porovnaní tohto pojmu treba vyhradiť právu Únie, Súdny dvor ako najvyšší vykladač práva Únie musí vymedziť uvedenú definíciu tak, že bude vychádzať stále z rôznych vnútroštátnych prístupov k dotknutej kategórii. Za všetky pozri SCHLAG, M.: Art. 45. In: *EU-Kommentar*. Ed. J. Schwarze. 2. vyd. Nomos: Baden 2009.

76 — Za všetky v rámci rozsiahlej bibliografie pozri Passerin d'Entreves, A.: *La dottrina dello Stato*. Giappichelli: Torino 1962.

77 — Z tejto úvahy je samozrejme vylúčená moc monopolizovaná iným štátom, ktorá existuje popri prvej moci, pričom vzájomne zachovávajú príslušné rámce zvrchovanosti vymedzené medzinárodným právom.

potreby, a ak sú splnené podmienky stanovené právnym poriadkom, môžu využiť moc uplatňovanú verejnou mocou, ktorá na tieto účely predstavuje nástroj, ktorý slúži iným než všeobecným záujmom.

96. Tradične sledované kritérium na identifikovanie verejnej moci je to, ktoré odkazuje na spôsobilosť tejto moci jednostranne si vynucovať vôľu bez toho, aby bol potrebný súhlas povinného subjektu. Naopak jednotlivec si môže vynútiť vôľu u iného jednotlivca len s jeho súhlasom.

97. Také jednoduché to však nie je, keď – tak ako v tomto prípade – ide o demokratický štát, keďže v takých prípadoch je súhlas napokon určitým spôsobom stále potrebný. Na druhej strane treba relativizovať tvrdenie, podľa ktorého sa vôľa verejnej moci vynucuje bez akéhokoľvek spochybnenia, keďže z hľadiska právneho štátu, ktorý je základom Únie, vyplýva, že každý úkon verejnej moci zakladá právo na opravný prostriedok. V skutočnosti sa zvrchovaná moc vzhľadom na toto hľadisko demokratického štátu zdá byť skôr *auctoritas* než len jednoduché *imperium*.[78] Ide teda o moc vykonávanú na základe samotnej vôle podriadených subjektov, zaručenú skôr legitimitou vyplývajúcou z vôle moci než len vyhrážkou fyzického donútenia.[79]

98. Z tohto hľadiska to znamená, že dotknutý pojem nie je absolútny, ale relatívny pojmem, a preto sa môže odlišovať v odstupňovaní.[80] O čo jednoduchšie je prikázať určité správanie, o to viac sa predmetná činnosť priblíži charakteru verejnej moci, ale vždy s výnimkou priameho, jednoduchého príkazu bez z možnosti proti nemu namietať.

99. Zo všetkých vyššie uvedených dôvodov vyplýva, že preskúmanie kritéria účelu (všeobecný záujem/súkromný záujem) alebo kritéria týkajúceho sa spôsobu ukladania povinnosti zabezpečenej donútením (jednostranné/dvojstranné) je cestou, ktorá nevyhnutne vedie k neistote. Stretávame sa totiž s mimoriadne nepresnými pojmami,

78 — V skutočnosti, ako je známe, je zvrchovanosť vlastnosťou, ktorá patrí štátu, ktorej sa nemôže dovolávať žiadny z jej orgánov, ktoré, tak ako sám štát, nemajú iný základ než ústavu: „Neexistuje iný štát ako štát založený na ústave“ (Häberle, P.: *Europäische Verfassungslehre*. 6. vyd. Nomos: Baden-Baden 2009, s. 187, na základe predpokladu, ktorý predniesli R. Smend a A. Arndt). V ústavnom štáte niet zvrchovaného vládcu, keďže zvrchovanosť je vlastnosť štátu ako celku. Kriele, M.: *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*. Rowohlt Taschenbuch Verlag: Hamburg 1975.

79 — Pôvodná legitimita, ku ktorej sa pridáva legitimita vyplývajúca z výkonu moci v súlade s procesnou logikou. V tomto zmysle pozri Luhmann, N.: *Legitimation durch Verfahren*. Luchterhand: Neuwied; Berlin 1969.

80 — V tomto zmysle pozri napríklad Tomuschat, Ch.: c. d., s. 69.

ktoré podliehajú posudzovaniu relatívnych faktorov, a preto nie je dostupný ani minimálny stupeň objektivity. Nepochybne ide o použiteľné kritériá, keď sa porovnajú s nespochybniteľnými prípadmi výkonu verejnej moci, ako je to v prípade činností priamo súvisiacich s výkonom zvrchovanosti (armáda, verejná moc, súdnictvo, vláda). Tieto kritériá sú však nedostatočné na kvalifikovanie iných verejných činností, ktoré menej súvisia s použitím donútenia, ale odlišujú sa od súkromnej činnosti.

100. Aby som v tejto úvahe pokračoval, je potrebné pristaviť sa pri charakteristike moderného štátu ako oveľa sofistikovanejšej formy organizácie moci, než aké boli známe predtým. Predtým známe formy sa obmedzovali na vykonávanie fyzického donútenia pomocou postupov vymedzenia výrazne zjednodušených podmienok jeho výkonu. Z toho vyplýva, že na to, aby sa dal opísať fenomén verejnej moci vo svojej celistvosti, je dnes prakticky nevyhnutné použiť pojem verejná moc založený na logike právneho poriadku, v ktorom táto moc pôsobí.

101. V tomto zmysle predstavuje právny poriadok proces plánovania výkonu legitímnej moci, ktorého výsledkom môže byť uplatňovanie sily v konkrétnom prípade. V tejto súvislosti nie je dôvod nepripustiť, že akty prijaté na konci tohto postupu (keď postup výkonu legitímnej moci dospeje k prijatiu aktu, ktorým sa skončí tento postup, ktorý nadobudne konečný charakter) sa javia ako najúplnejší prejav právneho poriadku. [81]

102. Na základe tohto prístupu je teda rozhodujúcim kritériom na kvalifikovanie úkonu ako účasti na výkone verejnej moci povaha jeho vzťahu s právnym poriadkom štátu. V konkrétnom prípade by sa mala činnosť považovať za prejav účasti na výkone verejnej moci pri vychádzaní z kritéria jej začlenenia (a teda jej stupňa *prináležania*) do tohto právneho poriadku. Preto vhodným kritériom nie je kritérium samotného súladu aktu s dotknutým právnym poriadkom, ale kritérium jeho začlenenia ako aktu v rámci právneho poriadku. [82]

81 — O pojme právny poriadok ako súslednosti príkazov vedúcich k prvému pozitívnemu ustanoveniu, ktoré predstavuje výraz zvrchovanej moci, pozri napríklad Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre*. 2. vyd. Deuticke: Wien 1960.

82 — Z toho vyplýva, že analýza týkajúca sa otázky, či určitá činnosť súvisí s výkonom verejnej moci, neznamená, že je potrebné pripísať dotknutý akt jednej z troch mocí a/alebo funkcií štátu, čiže legislatívnej, výkonnej alebo súdnej funkcii, najmä tretej z nich, ako bolo možné sledovať pri argumentoch uvedených v tomto konaní.

103. V tomto zmysle sa môže judikatúra považovať za najcharakteristickejší prejav verejnej moci. Súdnymi rozhodnutiami sa totiž konečným spôsobom rozhoduje o práve a v tomto zmysle sa právny poriadok s nimi prelína. [83] Z tých istých dôvodov však možno tiež povedať, že verejná moc je mocou, ktorej akty môžu splniť túto podmienku bez potreby *iurisdictio*. Na začiatok je zákon vykonateľný ako taký, rovnako ako administratívne ustanovenia alebo rozhodnutia orgánov verejnej moci. Ide stále o akty alebo ustanovenia, ktoré podliehajú súdnemu preskúmaniu, ale ktoré v každom prípade nepotrebujú *autorizáciu* na svoju bezprostrednú účinnosť.

104. Na základe toho je jasné, že žiadny jednotlivec nemôže prijímať právne akty spôsobilé ukladať tretej osobe povinnosti bez toho, aby zasiahla verejná moc. Keďže je použitie sily jednotlivcami vylúčené, výkon práva jednotlivcom si vždy vyžaduje autorizáciu verejnej moci. V takých prípadoch sa verejná moc neobmedzuje na vykonávanie *revízie* aktu spôsobilého sám osebe vyvolať záväzné účinky voči tretej osobe, ako je to v prípade správnych alebo vládnych aktov alebo legislatívnej moci. Naopak, v týchto prípadoch zasahuje verejná moc vždy ako autorita *stanovujúca* povinnosť, ktorú chce jednotlivec uplatniť voči tretej osobe. Pôjde teda o povinnosti, ktoré môžu vychádzať zo súladu vôle (zmluva/dispozičná zásada), potreba splnenia týchto povinností však nie je v dosahu jednotlivca, ale vyžaduje si zásah verejnej moci.

105. V dôsledku toho je vzhľadom na všetky vyššie uvedené úvahy vhodné uviesť, že napriek určitému stupňu zovšeobecnenia, ktorý sa tu vyžaduje, je možné spomedzi vlastností, ktoré charakterizujú verejnú moc v rôznych vnútroštátnych tradíciách, poukázať na charakteristiku, ktorá sa prejavuje ako spôsobilosť pripísať určitý akt, ustanovenie alebo správanie vôli štátu formalizovanej prostredníctvom právneho poriadku. Ide totiž o minimálny spoločný menovateľ, v ktorom sa spájajú všetky uvedené tradície, ktoré v pripísaní konkrétnej vôle všeobecnej vôli štátu vidia rozhodujúce kritérium na oddelenie verejnej a súkromnej oblasti.

106. Predchádzajúce úvahy umožňujú s väčšou istotou zaujať stanovisko k ústrednej otázke týkajúcej sa notárskeho povolania.

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

3. O otázke, či je činnosť notárov a osobitne činnosť osvedčovania možné zahrnúť do negatívneho rámca slobody usadiť sa

107. Napriek tomu je vhodné ešte pridať niekoľko úvodných pripomienok. V tejto chvíli je zbytočné opakovať, že otázku, či notárska činnosť patrí do toho, čo bolo práve nazvané „negatívny rámec" slobody usadiť sa, judikatúra Súdneho dvora nevyriešila, ale predchádzala jej intenzívna a rozsiahla diskusia, na ktorú sa často odkazovalo jednak v písomných pripomienkach, jednak v priebehu pojednávania, ktoré sa konalo 27. apríla 2010. Zdá sa, že judikatúra určite obsahuje nejaké rozhodnutia, ktoré svedčia v prospech kladnej odpovede. [84] Vôbec sa však nedá tvrdiť, že Súdny dvor už mal možnosť zaoberať sa touto otázkou so všetkou potrebnou pozornosťou.

108. Na druhej strane je to, že diskusia bola rozsiahla a intenzívna, zjavné z pozícií Európskeho parlamentu, ktoré boli v priebehu rokov prijaté [85]. To isté sa uvádza v odôvodnení č. 41 smernice 2005/36, ktorého znenie je uvedené v predchádzajúcich bodoch, bez ohľadu na jeho väčšiu či menšiu nejednoznačnosť, k čomu sa neskôr vrátim. V každom prípade je jasné, že žiadny z týchto aktov nemôže nahradiť Súdny dvor ani ho zbaviť funkcie vykladania zmlúv v poslednej inštancii.

a) Osvedčovanie ako hlavná činnosť notárov v žalovaných štátoch

109. V každom prípade začnem pripomenutím, že jednak štáty, ako aj Komisia uznávajú, že jadrom činnosti notárov je právomoc osvedčovania a účinky, ktoré sa spájajú s týmto úkonom: vykonateľnosť a dôkazná sila. Niektoré členské štáty, ako Belgicko alebo Rakúsko, vo svojich právnych systémoch stanovili mnohé vedľajšie funkcie, ktoré vykonávajú notári a ktoré odrážajú prvky verejnej moci. Všetky štáty vrátane Komisie sa však

84 — V už citovanom rozsudku Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Súdny dvor s odkazom na jednu vec, ktorá sa však týkala článku 39 ods. 4 ES, uviedol, že „španielske právo priznáva… niektoré úlohy v oblasti notárstva a občianskeho stavu, ktoré sa nemôžu vysvetliť len potrebou riadiť loď. Funkcie takéhoto druhu predstavujú súvislosť s výkonom verejnej moci na účely ochrany všeobecného záujmu štátu zástavy" (bod 42).

85 — Pozri rezolúcie Európskeho parlamentu z 18. januára 1994 a z 23. marca 2006, v ktorých sa uvádza, že notárske povolanie priamo a účinne súvisí s výkonom verejnej moci. Rezolúcia z roku 2006 výslovne uvádza, že Parlament „sa domnieva, že článok 45 Zmluvy by sa mal v celom rozsahu vzťahovať na notárske povolanie v občianskom práve ako takom", a toto tvrdenie opiera o skutočnosť, že „čiastočné delegovanie verejnej moci je pôvodným prvkom, vlastným výkonu notárskeho povolania v občianskom práve, ktoré sa v súčasnosti vykonáva na pravidelnom základe a predstavuje významnú súčasť činnosti notára v občianskom práve".

zhodujú v tom, že osvedčovanie s účinkami, ktoré z toho vyplývajú, je činnosť, ktorá vynikajúco charakterizuje notárske povolanie, a že bez nej by nemalo zmysel.

110. Analogicky, ak sa šesť žalôb o nesplnenie povinnosti mohlo spojiť na účely týchto návrhov, je to v podstate preto, lebo možno hovoriť o „notárskej činnosti“ s použitím pojmov, ktoré platia vo všetkých členských štátoch. Pri všetkých šiestich žalovaných štátoch teda možno hovoriť o ústrednej činnosti „osvedčovania“, ktorá vyvoláva v príslušných právnych poriadkoch v podstate spoločné účinky. Prirodzene, do zvrchovanosti štátu patrí možnosť meniť túto situáciu jednak tak, že výkon týchto funkcií sa priamo preberie prostredníctvom vlastnej verejnej správy, jednak tak, že sa úplne oslabia účinky účasti notárov pri príprave „verejných“ dokumentov. Príkladom prvej možnosti je prípad Portugalska až do začatia procesu zmeny notárskeho povolania alebo prípad Bádenska-Württemberska; príkladom druhej možnosti by mohlo byť tiež Portugalsko, podľa toho, aký dôkladný bol proces zmeny, ktorý sa uskutočnil v posledných desiatich rokoch. [86] Keď sa to zhrnie, problém, ktorý je predmetom týchto žalôb, sa musí vyriešiť na základe kvalifikácie určitých profesijných činností, tak ako sú v súčasnosti upravené v dotknutých štátoch. Akákoľvek zmena tejto právnej úpravy môže mať, samozrejme, dosah na rozhodnutie, ktoré má prijať Súdny dvor.

111. Treba tiež pripomenúť, že jednak na základe rozsudku Reyners, jednak na základe už uvedeného to, čo nazývam negatívnym rámcom uplatňovania slobody usadiť sa, môže platiť na celé povolanie len vtedy, keď „činnosti, ktoré prípadne predstavujú účasť na výkone verejnej moci, vykazujú prvok oddeliteľný od dotknutých profesijných činností ako celku“ [87]. Je teda potrebné súhlasiť s členskými štátmi a s Komisiou v tom, že osvedčovanie, ako aj účinky, ktoré vyvoláva, predstavujú prvok neoddeliteľný od notárskej činnosti ako celku. Keby sa preto potvrdilo, že z tejto činnosti vyplýva priama a osobitná súvislosť s výkonom verejnej moci, patrila by

86 — V súvislosti s konkrétnym prípadom portugalského notárstva pozri návrhy, ktoré som predniesol vo veci C-52/08, Komisia/Portugalsko, neuverejnené v Zbierke, prednesené v rovnaký deň ako tieto návrhy.

87 — Už citovaný rozsudok, bod 47.

notárska činnosť v zmysle povolania ako celku medzi prípady uvedené v článku 45 prvom odseku ES.

112. V šiestich žalovaných štátoch spočíva úloha notára hlavne vo vypracúvaní notárskych zápisníc, ktoré majú dve hlavné vlastnosti: dôkaznú silu a vykonateľnosť. [88] Pomocou opisu, ktorý platí zhruba pre všetky tieto štáty, a s odkazom na opis vykonaný na začiatku týchto návrhov sa dá uviesť, že na účely uskutočnenia osvedčenia koná notár na podnet účastníka konania a preskúmava zákonnosť listiny, ktorú má osvedčiť. Úkon notára môže byť povinný alebo dobrovoľný, podľa druhu skutočnosti, ktorú osvedčuje, a spočíva v osvedčení toho, že sú splnené všetky podmienky, ktoré sa vyžadujú na základe práva na účely vykonania tohto aktu, vrátane právnej spôsobilosti a spôsobilosti účastníkov na právne úkony. [89]

113. Notárske zápisnice majú kvalifikovanú dôkaznú silu rovnocennú s dôkaznou hodnotou listín vyhotovených štátnym úradníkom; pripúšťajú dôkaz o opaku len pred súdom. To znamená, že preskúmanie posúdenia, ktoré vykonal notár, je možné na základe žaloby, ale len prostredníctvom osobitného konania. [90]

114. Obdobne, notárska zápisnica je vykonateľná na celom území krajiny. Preto vykonanie notárskej zápisnice nevyžaduje súhlas dlžníka (hoci jej doručenie je nevyhnutné), pričom prináleží priamo verejnému orgánu, aby uskutočnil konanie o jej výkone. V prípade námietok voči výkonu notárskej zápisnice sa môže dlžník obrátiť na súd prostredníctvom incidenčného konania týkajúceho sa jej výkonu. [91]

b) Väzba osvedčovania s výkonom verejnej moci

115. Odpoveď na to, čo je v konečnom dôsledku podstatnou otázkou položenou v týchto žalobách o nesplnenie povinnosti, vyplýva takmer automaticky z úvah, ktoré boli uvedené vyššie v súvislosti s kritériami vymedzenia verejnej moci. Ak je totiž jedným z najtypickejších prvkov moderného štátu spojenie verejnej moci s právnym poriadkom, skutočnosť, že určitá činnosť je spôsobilá ovplyvniť nastavenie právneho poriadku, bude rozhodujúca na účely vymedzenia odpovede, ktorá sa má poskytnúť.

116. Ak môžem odkázať na niektoré predchádzajúce úvahy, pripomínam, že vôľa štátu nachádza svoj konečný prejav v súdnych

88 — Pozri predchádzajúce body 13, 20, 27, 34, 42 a 49.
89 — Pozri body 14, 21, 28, 35, 36, 43 a 50 vyššie.
90 — Pozri body 15, 22, 29, 37, 44 a 51 vyššie.
91 — Pozri body 16, 23, 30, 38, 45 a 52 vyššie.

rozhodnutiach; táto vôľa môže byť už prejavená prostredníctvom aktov, ktoré môžu byť podľa subjektu, ktorý ich prijíma, bezprostredne vykonateľné. Ukázalo sa aj to, že práve stupeň bezprostrednej vykonateľnosti je najbezpečnejším kritériom na účely identifikovania verejnej moci. Nepochybne bude stále možné súdnou cestou namietať proti každému návrhu na výkon rozhodnutia, a v tom prípade to bude znovu súd, kto prijme konečné rozhodnutie. Táto zmierovacia funkcia vlastná súdu sa totiž môže vykonávať pri konkrétnom spore týkajúcom sa najmä protichodných nárokov jednotlivcov (typicky ide o tie, ktoré vychádzajú z práv, ktorých sa dovolávajú jednotlivci proti iným jednotlivcom v sporoch občianskej povahy).

117. Na základe toho – a toto je hľadisko, ktoré má v tejto veci najväčší význam – sa určitý vnútroštátny právny poriadok môže rozhodnúť takpovediac *predvídať* konflikt (a tým mu predchádzať). Môže to urobiť najmä tak, že za verejné listiny (ktoré majú osobitnú dôkaznú silu a sú vykonateľné) považuje určité listiny a ustanovenia jednotlivcov, ktoré by si inak nemohli nárokovať väčšiu hodnotu než súkromné listiny. Takým verejným zásahom do listín jednotlivcov im verejná moc poskytuje bezpečnosť a istotu, čím prispieva k znižovaniu sporov. Tým nie je dotknutá skutočnosť, že stále platí možnosť zásahu súdu, pokiaľ sa napriek všetkému spor predloží na súd. [92] Nie veľmi vhodnými termínmi, ktoré však majú nepopierateľnú výpovednú silu, sa táto predbežná zmierovacia funkcia, typická pre notársku činnosť osvedčovania, kvalifikovala ako „preventívna spravodlivosť".

118. Inak povedané, v súvislosti s pojmami definovanými v bodoch 92 a 105 týchto návrhov notári prostredníctvom osvedčovania priamo a osobitne vykonávajú činnosť verejného charakteru v tom zmysle, že prostredníctvom tohto úkonu jednotlivcov dávajú predbežným spôsobom súhlas na vykonanie vlastného práva, ktorý by inak museli žiadať z prípadu na prípad. Úkon notára vylučuje potrebu žiadať o úkon inej verejnej moci, keď existuje vôľa uplatniť skutočnosť, ktorú notár osvedčil, a preto osvedčenej listine priznáva verejnú, kvalifikovanú právnu hodnotu, ktorú je možné spochybniť len pred súdom (ako napokon akýkoľvek iný akt verejnej moci). Samozrejme, imunita pred súdnym preskúmavaním – čo je v právnom štáte nemožné – nie je základnou vlastnosťou posúdenia, či ide o akt verejnej moci, ale je právnym

92 — V súvislosti s touto osobitosťou pozri de OTTO, I.: *Estudios sobre el Poder Judicial*. Ministerio de Justicia: Madrid 1989.

predpokladom legitimity jej vlastných aktov, ktorý zakladá určitý stupeň prísnosti, pokiaľ ide o nevyhnutné podmienky na ich kontrolu.

119. Je zrejmé, že notár nevykonáva akt donútenia ani jednostranne neukladá žiadnu povinnosť. Ako však bolo uvedené, toto nie je jediným kritériom, podľa ktorého sa určuje charakter verejnej moci. Osvedčenie poskytuje listinám súkromných subjektov verejnú povahu v tom zmysle, že sa im predbežne priznáva právna hodnota, ktorú by dotknuté subjekty bez úkonu notára podľa práva nemohli uplatniť bez toho, aby žiadali o zásah (inej) verejnej moci. Ide teda povedzme o verejnú moc, ktorá sa vyvíja na pôde blízkej súkromným subjektom, ktorá je, naopak, oblasťou slobodnej vôle. Jej verejný rozmer je však nepochybný, pokiaľ sa prihliada na jej spôsobilosť zmeniť čisto súkromný akt na verejný, a tak mu poskytnúť silu, ktorú majú akty verejnej moci. [93]

120. To však nebráni skutočnosti, že vzhľadom na prípadne menšiu intenzitu väzby notárskej činnosti s výkonom verejnej moci v úzkom zmysle slova môže táto činnosť podliehať menej reštriktívnym podmienkam, než sú podmienky vyhradené v prípade orgánov, ktoré sa bližšie zúčastňujú na výkone tejto zvrchovanosti.

121. V dôsledku toho sa domnievam, že v medziach, v akých osvedčovanie zodpovedá tejto funkcii, ide o činnosť, ktorá priamo a osobitne súvisí s výkonom verejnej moci, pričom dáva týmto listinám, ustanoveniam a správaniu taký charakter, bez ktorého by inak nemali vyššiu právnu hodnotu oproti prejavu súkromnej vôle. Ak sa na tento záver uplatní judikatúra Reyners, keďže je osvedčenie neoddeliteľným jadrom funkcie notára vo všetkých žalovaných štátoch, treba uviesť, že notárske povolanie vo všeobecnosti a ako celok priamo a osobitne súvisí s výkonom verejnej moci.

122. Domnievam sa však, že tento záver sám osebe ešte neumožňuje odpovedať na prvý žalobný dôvod v rámci týchto žalôb o nesplnenie povinnosti.

93 — V tejto súvislosti môžu určité symbolické osobitosti, ktoré zdôraznili niektoré štáty, poslúžiť ako potvrdenie môjho predpokladu. Je to tak v prípade, že v niektorých členských štátoch majú notári v úschove štátnu pečať a používajú ju. Verejnej funkcii notára nasvedčuje aj znenie ustanovenia o vykonateľnosti v niektorých prípadoch, ako napríklad vo Francúzsku: „En conséquence, la République mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis de mettre la dite décision à exécution. Aux Procureurs Généraux de la République près des Tribunaux de Grande instante d'y tenir main. à tous, Commandants et Officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis."

4. Ustanovenie o štátnej príslušnosti z hľadiska zásady proporcionality

123. Doteraz som sa sústredil na analýzu funkčného hľadiska notárskeho povolania v žalovaných štátoch. Komisia však svoj návrh na určenie nesplnenia povinnosti zamerala na konkrétny aspekt notárskeho poriadku, a to na ustanovenie o štátnej príslušnosti. Teraz je teda potrebné objasniť, či zahrnutie notárskeho povolania do „negatívneho rámca uplatňovania" slobody usadiť sa nevyhnutne zakladá legitimitu tohto ustanovenia. Čiže, ako som uviedol, treba vykonať kontrolu proporcionality, v rámci ktorej sa posúdi na jednej strane diskriminácia na základe štátnej príslušnosti a na druhej strane stupeň vzájomného prepojenia notárskej činnosti s verejnou mocou.

a) Postavenie notárov

124. Samozrejme, funkcia prináša určité postavenie a postavenie potvrdzuje kvalifikáciu uskutočnenú v súvislosti s funkciou. Notár je teda verejným činiteľom, ktorý predstavuje verejnú moc, hoci sa notárska činnosť považuje za slobodné povolanie. Notár je vymenovaný na doživotie a podlieha vlastnému disciplinárnemu režimu subjektov, ktoré pracujú ako zástupcovia verejnej moci. [94]

125. Funkčná povaha záväzku, ktorá viaže notára k štátu, je osobitne významným ukazovateľom spojenia s verejnou mocou. Ide totiž o spojenie, ktoré vzniká na začiatku činnosti, pretože sa stanovujú podobné skúšky na prístup k povolaniu ako skúšky stanovené pre štátnych úradníkov, ktoré tiež zahŕňajú vykonanie sľubu. Preto je postavenie notára prejavom inštitucionálneho charakteru záväzku existujúceho medzi notárom a štátom a skutočnosti, že v dôsledku toho umožňuje záväzok notárovi formalizovať štátnu vôľu tým, že vykonáva kontrolu súkromných právnych aktov.

126. Na základe citovaného záväzku zaviedli žalované štáty do svojich právnych poriadkov podmienku štátnej príslušnosti krajiny, v ktorej sa má notárske povolanie vykonávať. Táto podmienka, ktorá zavádza priamu diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti a zjavne je súčasťou osobného postavenia osoby vykonávajúcej notárske povolanie, predstavuje okolnosť, ktorá podľa Komisie porušuje článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES a musí podliehať, ako bude vysvetlené ďalej, kontrole proporcionality.

94 — Pozri body 18, 25, 32, 40, 47 a 54 týchto návrhov.

b) Diskriminácia na základe štátnej príslušnosti z hľadiska článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES

127. Ako je uvedené v bodoch 83 až 86 vyššie, pri uplatňovaní článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES je potrebné nielen posúdiť, či nejaká činnosť súvisí s výkonom verejnej moci, ale tiež analyzovať, či možno z hľadiska zásady proporcionality odôvodniť sporné vnútroštátne opatrenie cieľmi sledovanými oboma týmito ustanoveniami.

128. Po prvé je potrebné zdôrazniť, že článok 45 prvý odsek ES napriek tomu, čo by mohlo vyplývať zo „spontánnejšieho“ výkladu, či dokonca napriek judikatúre, ktorá by niekedy mohla naznačovať dokonca opak, [95] vôbec neodkazuje na diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti. Preto sa musí tradičné spájanie článku 45 prvého odseku ES s podmienkou štátnej príslušnosti starostlivo posudzovať, keďže ide o vzťah, ktorý sa vytvoril v dôsledku prípadov, ktoré doposiaľ Súdny dvor riešil, ale zatiaľ bez *nevyhnutnej* väzby medzi týmito dvoma pojmami. [96] Takisto treba pripomenúť, že hoci je článok 45 prvý odsek ES ustanovením, ktoré oproti pôvodnému zneniu nebolo zmenené, Zmluva bola zmenená naopak dôkladne. Ak platí, že prvý výklad článku 45 prvého odseku ES mohol súvisieť so štátnou príslušnosťou, zmena zakladajúcich zmlúv v posledných dvadsiatich rokoch by nás nemala viesť k neuváženému záveru, že na základe uvedeného ustanovenia sú členské štáty oprávnené bez väčšej opatrnosti zaviesť diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti.

129. Po druhé je potrebné práve v tomto prípade uviesť, že priamou diskrimináciou na základe štátnej príslušnosti nie je hocijaké opatrenie, ktorého účinok sa obmedzuje len na prekážku voľného pohybu. Práve naopak, táto forma diskriminácie nadobúda pre právo Únie veľmi osobitný rozmer, keďže je predovšetkým najjasnejším prejavom štátneho protekcionizmu. [97] V Únii, ktorá vyhlasuje

95 — Pozri judikatúru už citovanú v poznámkach pod čiarou 64 až 73.

96 — Dôkazom toho je skutočnosť, že na článok 45 prvý odsek ES sa, aj keď neúspešne, odkazovalo s cieľom odôvodniť podmienku týkajúcu sa bydliska alebo stálych prevádzkarní v členskom štáte, tak ako to bolo v už citovaných veciach Komisia/Nemecko a Komisia/Rakúsko.

97 — Vo všeobecnosti pozri Davies, G.: *Nationality Discrimination in the European Internal Market*. Kluwer: Hague 2003, a Rossi, M.: Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV. In: *Europarecht*. 2000, s. 197 a nasl.

vytvorenie trhu bez vnútorných hraníc, je existencia priamej diskriminácie na základe štátnej príslušnosti popretím samotnej myšlienky integrácie. Výnimočný charakter sa javí ešte zrejmejší, ak pripomeniem, že Únia prijala základné práva, vrátane zásady rovnakého zaobchádzania podľa článkov 20 a 21 Charty základných ľudských práv. [98] Preto si Únia založená na hodnotách právneho štátu, ktorá zaručuje dodržiavanie základných práv, musí klásť otázky pri hľadaní výkladu, ktorý vedie k určitej forme diskriminácie, ktorá je už sama osebe závažná, ale predovšetkým je v rozpore s najzákladnejšími zásadami vnútorného trhu. Toto chápanie je vyjadrené v článku 12 ES, kde sa uvádza, že „akákoľvek diskriminácia na základe štátnej príslušnosti je zakázaná", a potvrdené judikatúrou Súdneho dvora, ktorý opakovane vylúčil použitie opatrení tohto druhu členskými štátmi. V dôsledku toho možno uviesť, že spomedzi všetkých dôvodov diskriminácie, ktoré právo Únie zakazuje, je diskriminácia na základe štátnej príslušnosti osobitne závažná [99].

130. Preto je nevyhnutné položiť si otázku, aké sú dosah a sila výnimky podľa článku 45 prvého odseku ES na ostatné ustanovenia Zmluvy a najmä na niektoré jej hlavné zásady.

131. Je známe, že diskriminácia na základe štátnej príslušnosti je zakázaná v článku 12 ES. [100] Výsledkom uplatňovania článku 43 ES v spojení s článkom 45 prvým odsekom ES môže v zásade byť to, že nejaký štát zákonne prijme opatrenie, ktoré vyvoláva diskrimináciu tejto povahy. Alternatívne by sa dalo povedať, že v takom prípade je uplatniteľný článok 18 ES, ktorý upravuje voľný pohyb osôb v prípadoch, keď sa neuplatňujú hospodárske slobody. Ako je však známe,

98 — V návrhoch týkajúcich sa veci Coleman (rozsudok zo 17. júla 2008, C-303/06, Zb. s. I-5603) generálny advokát Poiares pripomína, že „dôstojnosť a autonómia takéhoto jednotlivca môže byť dotknutá najzjavnejším spôsobom vtedy, ak sa pre svoje problematické vlastnosti stáva objektom zamerania. Menej priaznivé zaobchádzanie z takých dôvodov, ako je náboženské vyznanie, vek, zdravotné postihnutie a sexuálna orientácia, narušuje túto zvláštnu a jedinečnú hodnotu, ktorú ľudia majú preto, lebo sú ľuďmi. Pokiaľ priznávame rovnakú hodnotu každej ľudskej bytosti, znamená to, že by sme nemali prihliadať na takéto úvahy, keď niekomu ukladáme bremeno alebo zbavujeme niekoho výhody. Inými slovami, ide o vlastnosti, ktoré by nemali hrať žiadnu rolu pri posúdení, či je, alebo nie je oprávnené zaobchádzať s niekým menej priaznivo" (bod 10).

99 — Túto závažnosť potvrdzuje rozsiahla judikatúra Súdneho dvora, ktorý opakovane zabránil pokusom členských štátov odôvodniť prijatie predpisov, ktoré spôsobovali diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti. Medzi mnohými inými pozri rozsudky z 20. októbra 1993, Phil Collins a i., C-92/92 a C-326/92, Zb. s. I-5145, bod 33; z 2. októbra 1997, Saldanha a MTS, C-122/96, Zb. s. I-5325, body 26 a 29; zo 16. januára 2003, Komisia/Taliansko, C-388/01, Zb. s. I-721, body 19 a 20; z 5. júna 2008, Wood, C-164/07, Zb. s. I-4143, bod 13, a zo 16. decembra 2008, Huber, C-524/06, Zb. s. I-9705, body 78 a 79.

100 — Pozri rozsudky Súdneho dvora zo 17. mája 1994, Corsica Ferries, C-18/93, Zb. s. I-1783, bod 19; z 29. februára 1996, Skanavi a Chryssanthakopoulos, C-193/94, Zb. s. I-929, bod 20; z 25. júna 1997, Mora Romero, C-131/96, Zb. s. I-3659, bod 10; z 12. mája 1998, Gilly, C-336/96, Zb. s. I-2793, bod 37; z 26. novembra 2002, Oteiza Olazábal, C-100/01, Zb. s. I-10981, bod 25; z 11. decembra 2003, AMOK, C-289/02, Zb. s. I-15059, bod 25, a z 29. apríla 2004, Weigel, C-387/01, Zb. s. I-4981, bod 57.

toto ustanovenie sa uplatňuje, ale s tým, že „podlieha obmedzeniam a podmienkam stanoveným v tejto zmluve“, pričom tieto obmedzenia jasne zahŕňajú článok 45 prvý odsek ES. [101]

132. Možno preto uviesť, že zahrnutím diskriminácie na základe štátnej príslušnosti do negatívneho rámca uplatňovania slobody usadiť sa by boli členské štáty oprávnené vylúčiť právo Únie bez toho, aby mohlo v zásade akékoľvek iné ustanovenie Zmluvy predmetné opatrenie spochybniť.

133. Tento výsledok, ktorý stavia článok 12 ES do pozície podriadenosti ostatným ustanoveniam Zmluvy, sa mi zdá sporný. Skutočnosť, že článok 12 ES podlieha podmienkam, *a contrario* neznamená, že ide o subsidiárny predpis. Systematické umiestnenie tohto článku v Zmluve, ako aj význam, ktorý nadobúda zásada zákazu diskriminácie v práve Únie, si vyžadujú, aby sa dotknuté ustanovenie považovalo za „panoptické“ a nie za subsidiárne pravidlo, čiže pravidlo, ktorého uplatňovanie sa automaticky vylučuje v závislosti od iných špecifickejších ustanovení Zmluvy. Okrem toho sa zdá, že Súdny dvor sa nedávno priklonil k tomuto výkladu. [102] Preto samotná skutočnosť, že určitá činnosť sa považuje za zahrnutú do negatívneho rámca pôsobnosti slobody usadiť sa z hľadiska článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES, nevyhnutne neznamená, že sa na ňu nevzťahuje systematický výklad z hľadiska článku 12 ES.

134. Tento výklad je ešte presvedčivejší, ak pripomeniem, že v takom prípade, ako je predmetný prípad, činnosť, akou je činnosť notára súvisiaca s výkonom verejnej moci, podlieha uplatňovaniu iných ustanovení Zmluvy. To je najmä prípad článku 86 ES, ktorý zaväzuje členské štáty, aby dohliadali nad dodržiavaním pravidiel hospodárskej súťaže v oblastiach, na ktoré sa vzťahujú povinnosti poskytovať služby všeobecného hospodárskeho záujmu. [103] Ak Súdny dvor

101 — Pozri ROSSI, M.: c. d., s. 208; Epiney, A.: The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship. In: *European Law Journal*. 2007; Kadelbach, S.: Union Citizenship. In: von Bogdandy, A., Bast, J.: *Principles of European Constitutional Law*. 2. vyd. Hart Publishers: Oxford-Portland 2005, s. 461.

102 — Pozri rozsudok Súdneho dvora z 11. januára 2007, Komisia/Grécko, C-251/04, Zb. s. I-67, bod 26, ako aj návrhy, ktoré predniesol 7. septembra 2010 generálny advokát Mengozzi vo veci Neukirchinger, C-383/08, vec v konaní, najmä body 60 až 69.

103 — Pozri van Vormizeele, P. V.: Art. 86. In: Schwarze, J. (ed.): c. d.; Buendía Sierra, J. L.: *Exclusive rights and state monopolies under EC Law*. Oxford University Press: Oxford 1999; Prosser, T.: *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*. Oxford University Press: Oxford 2005, a Szyszczak, E.: *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*. Hart Publishers: Oxford 2007.

rozhodne, že určitá činnosť patrí do rámca uplatňovania článku 45 prvého odseku ES, ešte to neznamená, že sa na ňu nevzťahujú iné pravidlá hospodárskej súťaže upravené v článkoch 81 ES a 82 ES. [104] To isté nastáva, aj pokiaľ ide o právne základy stanovené na uskutočnenie politík Únie, ktoré žiadnym spôsobom nebránia inštitúciám prijať nariadenia alebo smernice v tých oblastiach, ktoré boli z hľadiska slobôd vylúčené z rámca ich pôsobnosti. Toto tvrdenie potvrdzuje judikatúra Súdneho dvora, ktorá napríklad vyhlásila, že činnosť notárov podlieha DPH vzhľadom na skutočnosť, že notár je osobou podliehajúcou dani, keďže nezávisle vykonáva hospodársku činnosť, „odhliadajúc od účelu a výsledkov tejto činnosti“ [105]. Vo veci Komisia/Holandsko totiž tento súd najskôr uviedol, že činnosť notára má verejnú povahu, a ďalej v súvislosti práve s nepriamym zdaňovaním uviedol, že notári uvedenú činnosť nevykonávajú v postavení subjektov verejného práva, „keďže nie sú súčasťou štruktúry verejnej správy, ale vo forme nezávislej hospodárskej činnosti, vykonávanej v rámci slobodného povolania“ [106].

135. V konečnom dôsledku to, že nejaká činnosť súvisí s výkonom verejnej moci, neoslobodzuje členské štáty od povinnosti dodržiavať právo Únie. Na túto povinnosť, ktorá sa v tomto prípade týka činnosti notárov, čiže spoločenstva fyzických osôb, sa musí prihliadať najmä vtedy, ak vyvoláva diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti. Keďže sa táto vec týka fyzických osôb na jednej strane a diskriminácie na základe štátnej príslušnosti na druhej strane, je potrebné tento problém riešiť aj z hľadiska statusu občianstva Únie.

136. Od roku 1992 totiž jednak zmluvy, jednak judikatúra Súdneho dvora prispeli k vytvoreniu priameho a evolučného puta občianstva medzi jednotlivcom a Úniou. [107] Je známe, že tento vzťah sa vytvára prostredníctvom občianstva každého členského štátu, čo neznamená, že ide o občianstvo nadriadené vnútroštátnemu občianstvu; naopak, ide o status, ktorý sa vytvára v dôsledku vnútroštátneho občianstva, ale ktorý sa po jeho vytvorení rozširuje a priznáva práva a povinnosti autonómnym spôsobom, pričom zabraňuje členským štátom prijímať nezlučiteľné opatrenia. Túto autonómiu nedávno

104 — Pozri najmä rozsudky Súdneho dvora z 21. septembra 1988, Van Eycke, 267/86, Zb. s. 4769; zo 4. mája 1988, Bodson, 30/87, Zb. s. 2479; z 19. marca 1991, Francúzsko/Komisia, C-202/88, Zb. s. I-1223; z 23. apríla 1991, Höfner a Elser, C-41/90, Zb. s. I-1979; z 13. decembra 1991, GB-Inno-BM, C-18/88, Zb. s. I-5941; z 30. marca 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Zb. s. I-2941; z 3. júla 2003, Chronopost a i./Ufex a i., C-83/01 P, C-93/01 P a C-94/01 P, Zb. s. I-6993, ako aj z 1. júla 2008, MOTOE, C-49/07, Zb. s. I-4863.

105 — Rozsudok Súdneho dvora z 26. marca 1987, Komisia/Holandsko, 235/85, Zb. s. 1471. Citácia pochádza z článku 4 ods. 1 šiestej smernice Rady 77/388/EHS zo 17. mája 1977 o zosúladení právnych predpisov členských štátov týkajúcich sa daní z obratu – spoločný systém dane z pridanej hodnoty: jednotný základ jej stanovenia (Ú. v. ES L 145, s. 1; Mim. vyd. 09/001, s. 23).

106 — Rozsudok už citovaný v predchádzajúcej poznámke pod čiarou, bod 22.

107 — Pozri najmä O'Leary, S.: *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*. Kluwer Law International: Hague 1996, s. 23 až 30.

potvrdil Súdny dvor vo veci Rottmann, keď uviedol, že členské štáty nemôžu zasahovať do vzťahu medzi občanom a Úniou tým, že by jednotlivcovi neoprávnene odňali štátnu príslušnosť. V dôsledku toho také vnútroštátne opatrenie, ktoré môže „spôsobiť stratu statusu poskytovaného článkom 17 ES a práv s tým spojených, patrí z *dôvodu svojej povahy* a dôsledkov do práva Únie“ [108].

137. Okrem toho európske občianstvo neznamená len priame puto medzi občanom a Úniou, ale aj sféru vzťahov medzi občanom a všetkými členskými štátmi. Toto hľadisko občianstva zaručuje každému občanovi právo na voľný pohyb na území Únie, ako aj právo zdržiavať sa v ktoromkoľvek členskom štáte. Puto s Úniou týmto spôsobom vyvoláva horizontálny účinok – zasahuje všetky vnútroštátne orgány, ktoré sa musia zdržať prijímania opatrení, ktoré by bránili alebo sťažovali voľný pohyb, aj keď sa týkajú občanov dotknutého členského štátu. [109] Na tento účel Súdny dvor posilnil význam článku 18 ES predovšetkým tým, že mu priznal priamy účinok [110], a ďalej tým, že rozvinul rozsiahlu judikatúru, ktorá dala obsah statusu občana využívajúceho právo na voľný pohyb aj v situáciách, keď dotknutý jednotlivec nevykonáva žiadnu hospodársku činnosť [111] alebo keď sa vytýkané opatrenie vzťahuje na rodinných príslušníkov pochádzajúcich z tretích štátov [112].

138. Ustanovenie o štátnej príslušnosti, ktoré sa uplatňuje na fyzické osoby a zavádza sa pod zámienkou, aby spadalo do negatívneho rámca slobody usadiť sa, sa musí posudzovať predovšetkým ako opatrenie, ktoré má vplyv na status občana v rozsahu, v akom kritérium priznania európskeho občianstva používa občianstvo štátu ako dôvod na zabránenie prístupu k činnosti, ktorá súvisí s výkonom verejnej moci v zmysle článku 45 prvého odseku ES. Len za veľmi osobitných okolností, ktoré, ako sa bude dať vidieť neskôr, v tomto prípade neboli splnené, zmluvy pripúšťajú, aby európske občianstvo mohlo slúžiť ako dôvod vylúčenia z práva, ktoré sa úzko spája

108 — Rozsudok Súdneho dvora z 2. marca 2010, Rottmann, C-135/08, Zb. s. I-1449, bod 42 (kurzívou zvýraznil generálny advokát).

109 — Pozri napríklad rozsudky Súdneho dvora z 2. októbra 2003, Garcia Avello, C-148/02, Zb. s. I-11613; zo 14. októbra 2008, Grunkin a Paul, C-353/06, Zb. s. I-7639, ako aj Rottmann, už citovaný.

110 — Rozsudok Súdneho dvora zo 17. septembra 2002, Baumbast a R, C-413/99, Zb. s. I-7091.

111 — Rozsudky Súdneho dvora z 20. septembra 2001, Grzelczyk, C-184/99, Zb. s. I-6193; z 11. júla 2002, Carpenter, C-60/00, Zb. s. I-6279; z 15. marca 2005, Bidar, C-209/03, Zb. s. I-2119; z 26. októbra 2006, Tas-Hagen a Tas, C-192/05, Zb. s. I-10451; z 23. októbra 2007, Morgan a Bucher, C-11/06 a C-12/06, Zb. s. I-9161, a nedávne rozsudky Súdneho dvora z 23. februára 2010, Teixeira, C-480/08, Zb. s. I-1107, a Ibrahim, C-310/08, Zb. s. I-1065.

112 — Pozri napríklad rozsudky Súdneho dvora Carpenter, už citovaný, a z 19. októbra 2004, Zhu a Chen, C-200/02, Zb. s. I-9925.

so statusom občianstva Únie. Keďže európske občianstvo naberá nadnárodný rozmer, zakladá sa na existencii spoločenstva štátov a jednotlivcov, ktoré majú spoločný rebríček hodnôt, vysoký stupeň vzájomnej dôvery, ako aj záväzok solidarity. Ak sa priznaním štátnej príslušnosti členského štátu stáva jednotlivec členom takého spoločenstva hodnôt, dôvery a solidarity, bolo by paradoxné, keby práve príslušnosť k tomuto spoločenstvu občanovi Únie odnímala možnosť výkonu práv a slobôd zaručených Zmluvou.

139. Na základe všetkých vyššie uvedených úvah možno uviesť, že diskriminácia na základe štátnej príslušnosti je opatrením, ktoré na základe svojej vlastnej povahy predstavuje závažný zásah do sféry európskeho občana, a bola by prípustná z hľadiska článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES len po prísnom preskúmaní proporcionality, čiže ak by existovali naliehavé dôvody všeobecného záujmu.

c) Preskúmanie proporcionality

140. Napokon, ako som uviedol predtým, pri uplatňovaní kontroly proporcionality ustanovenia vyplývajúceho z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES je potrebné prihliadať na to, do akej miery dotknutá činnosť súvisí s výkonom verejnej moci. V takom prípade, ako bolo uvedené v bodoch 115 až 121 vyššie, notárska činnosť súvisí s výkonom verejnej moci v zmysle článku 45 prvého odseku ES, ale aj vzhľadom na skutočnosť, že sa táto činnosť vykonáva ako hospodárska činnosť, má táto účasť menší rozsah než pri iných činnostiach súvisiacich s priamym výkonom verejnej moci. Preto môžu členské štáty prijať opatrenia, ktoré považujú za vhodné, mimo rámca citovaných slobôd, vždy však s tým, že budú primerané sledovaným účelom a cieľom. Vzhľadom na argumenty štátov, hoci je nesporné, že notárske povolanie je charakteristické zárukami a osobitosťou, ktoré zdôrazňujú jeho význam pre súkromné právne transakcie, platí aj to, že žiadna z týchto osobitostí neodôvodňuje, aby štatút jeho členov obsahoval také prísne a drastické opatrenie, akým je priama diskriminácia na základe štátnej príslušnosti, ktorá je predmetom tohto konania.

141. V tejto súvislosti každý žalovaný štát poukázal na význam sľubu, ktorý skladajú notári v okamihu prijatia funkcií. Podľa štátov toto vyhlásenie preukazuje existenciu väzby medzi notárom a štátom, ktorá mu priznáva verejnú moc; väzby, ktorá je ukazovateľom

lojality jednotlivca voči určitému politickému spoločenstvu a ktorá sa v tomto prípade prejavuje prostredníctvom podmienky štátnej príslušnosti. Žalované štáty opakovane zdôraznili význam tejto väzby a v osobitnom prípade Luxemburska sa ustanovenie o štátnej príslušnosti na účely prístupu k notárskemu povolaniu dokonca spája priamo s ochranou ústavnej identity veľkovojvodstva.

142. Pojem lojalita ako prejav záväzku a solidarity voči určitému politickému spoločenstvu sa však nemôže považovať za výlučný rozlišujúci znak, vlastný členským štátom ako takým, ktorý by si nevyhnutne vyžadoval vzťah v podobe občianstva. Naopak, európsky občan sám osebe nie je oslobodený od povinnosti lojality k Únii. Predpoklad, na základe ktorého by štátny príslušník členského štátu nemal možnosť vyjadriť legitímny záväzok lojality prijatý voči inému členskému štátu, ak by predtým nezískal jeho štátnu príslušnosť, by závažne spochybnil jednak články 17 ES a 18 ES, jednak politické práva občanov vyplývajúce zo zmlúv, ako aj z Charty základných práv Európskej únie.

143. Nástroje súdnej spolupráce vo veciach občianskeho práva a trestného práva prijaté Úniou a osobitne na základe ustanovení nariadenia č. 44/2001 [113] posilňujú tento posledný predpoklad. Notár svojím úkonom vykonáva činnosť verejného charakteru, ktorej účinky sa uznávajú automaticky vo všetkých členských štátoch Únie. Existencia vysokej úrovne dôvery, ako aj spoločenstva hodnôt a zásad, na ktorých sa Únia zakladá, menia notára na verejného činiteľa nielen štátu, ale aj Únie. Toto zverenie právomoci, ktoré pôsobí v rámci Únie, odráža kompletnejší záväzok lojality než ten, ktorý existuje len medzi občanom a jeho členským štátom. Notár sa tak začleňuje do rámca, v ktorom sa lojalita rozširuje jednak vo vzťahu k štátu, ktorý mu priznáva právomoc, jednak vo vzťahu k Únii, ktorá ho prijíma, ako aj voči ostatným členským štátom.

144. Keďže sme dospeli do takého štádia procesu európskej integrácie, v ktorom sa občania Únie môžu zúčastňovať na rozhodovacích demokratických procesoch, ktoré sa dejú na národnej úrovni v mieste bydliska, ako to je v prípade miestnej demokracie, alebo môžu

113 — Pozri nariadenie Rady (ES) č. 44/2001 z 22. decembra 2000 o právomoci a o uznávaní a výkone rozsudkov v občianskych a obchodných veciach (Ú. v. ES L 12, s. 1; Mim. vyd. 19/004, s. 42), najmä článok 57.

navrhovať občianske legislatívne iniciatívy na európskej úrovni, pojem lojality sa nemôže obmedziť len a nevyhnutne na štátnych príslušníkov toho istého členského štátu. Ak sa má lojalita chápať ako záväzok uplatňovať si práva a plniť si povinností, ktorý spája občana s jeho členským štátom a s Úniou, domnievam sa, že za okolností tejto veci nie je potrebné, a teda ani legitímne vyžadovať na účely prijatia tejto zodpovednosti štátnu príslušnosť daného členského štátu.

145. Za zmienku v každom prípade stojí osobitná funkcia Gerichtskommissär, ktorú vykonávajú notári v Rakúsku. Ak aj platí, že notár môže pri výkone týchto funkcií prijímať individuálne a záväzné rozhodnutia, platí tiež, že ide o vedľajšiu funkciu, ktorá je okrem iného spojená predovšetkým s oblasťou dedenia. Obdobne, ako uviedol splnomocnený zástupca rakúskej vlády na pojednávaní, notár, ktorý koná ako Gerichtskommissär, koná v postavení člena slobodného povolania, nie ako štátny úradník, čo v zásade znamená, že ide o funkciu otvorenú hospodárskej súťaži. Preto vzhľadom na okolnosti uvedené počas konania ani skutočnosť, že rakúsky notár preberá funkcie súdneho komisára, neodôvodňuje uplatnenie pravidla vyplývajúceho z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES na priamu diskrimináciu na základe štátnej príslušnosti.

5. Návrh v súvislosti s prvým žalobným dôvodom týkajúcim sa nesplnenia povinnosti

146. Napokon sa zdá, že opatrenie, ktorým sa zavádza podmienka štátnej príslušnosti, akú vytýka Komisia v týchto konaniach, je neprimerané, keďže nie je potrebné na dosiahnutie cieľov, ktoré každý štát sleduje, pričom vyníma činnosť notárov zo slobody usadiť sa. V dôsledku toho sa domnievam, že hoci ide o činnosť, ktorá súvisí s výkonom verejnej moci, a preto patrí do negatívneho rámca slobody usadiť sa, v konkrétnom prípade notárskeho povolania článok 43 ES a článok 45 prvý odsek ES neodôvodňujú opatrenie štátu diskriminujúce na základe štátnej príslušnosti osoby, ktoré chcú mať prístup k tomuto povolaniu. Na základe všetkých vyššie uvedených dôvodov sa domnievam, že aj keď notárska činnosť, tak ako sa vykonáva v žalovaných štátoch, patrí do negatívneho rámca uplatňovania slobody usadiť sa vyplývajúceho z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES, neumožňuje, aby sa do notárskych poriadkov zaviedla neprimeraná podmienka štátnej príslušnosti, keďže táto podmienka nie je odôvodnená mierou intenzity, s akou táto činnosť súvisí s výkonom verejnej moci. Preto je potrebné vyhovieť prvému žalobnému dôvodu týkajúcemu sa nesplnenia povinnosti založenému na porušení článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES.

B — *O druhom žalobnom dôvode týkajúcom sa nesplnenia povinnosti*

147. S výnimkou Francúzskej republiky Komisia žalovaným štátom vytýka porušenie smernice 2005/36 o uznávaní odborných kvalifikácií, pretože ju neuplatnili na notársku činnosť vo vnútroštátnom právnom predpise, ktorým smernicu prevzali.

148. Ako som uviedol v predchádzajúcich bodoch, notárske povolanie patrí do „negatívneho rámca uplatňovania“ slobody usadiť sa v súlade s výkladom článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES. Podobne som na predchádzajúcich stranách pripomenul, že tento záver nevyhnutne neoslobodzuje členské štáty od povinnosti dodržiavať záväzky vyplývajúce zo zmlúv. V prípade smernice 2005/36 však existujú dôvodné pochybnosti o uplatňovaní tohto nástroja na notárske povolanie.

149. V rámci žaloby o nesplnenie povinnosti prináleží Komisii, aby preukázala, že členský štát sa dopustil porušenia právneho poriadku Únie. Ako však vyplýva zo spisu, Komisia sa obmedzila na vytýkanie neprebratia smernice 2005/36 v stanovenej lehote, pričom členské štáty sa odvolávajú nielen na uplatnenie článku 45 prvého odseku ES, ale aj na skutočnosť, že odôvodnenie č. 41 tejto smernice vylučuje notárske povolanie.

150. V odôvodnení č. 41 smernice 2005/36 sa uvádza, že „táto smernica sa nedotýka uplatňovania článku 39 ods. 4 a článku 45 zmluvy týkajúcich sa najmä notárov“. Zdá sa, že napriek všetkej nejednoznačnosti tohto vyhlásenia normotvorca implicitne naznačuje, že odpoveď na otázku, či notárska činnosť patrí do článku 45 prvého odseku ES, *rozhodne* o odpovedi na otázku uplatňovania smernice na toto povolanie. Z procesnej stratégie Komisie, ktorá svoju argumentáciu obmedzuje na článok 45 prvý odsek ES, zdá sa, možno vyvodiť, že žalobca súhlasí s prístupom uvedeným v uvedenom odôvodnení č. 41. Vzhľadom na to, akú odpoveď navrhujem na prvú otázku, by však bolo potrebné, aby Komisia uviedla ďalšie argumenty na účely uplatňovania smernice na povolanie notárov. Jej jediný argument, založený na výklade pojmu „štátna moc“, ktorý je uvedený v článku 45 prvom odseku ES, sa stal fakticky nepoužiteľný. Za týchto okolností je jasné, že Komisia nepredložila žiadny platný argument, ktorý

by umožnil vyhovieť druhému žalobnému dôvodu týkajúcemu sa nesplnenia povinnosti.

151. V dôsledku toho sa domnievam, že druhý žalobný dôvod nie je dôvodný, keďže Komisia nepreukázala, že členské štáty boli povinné, pokiaľ ide o notársku činnosť, plniť si povinnosti uvedené v smernici 2005/36.

VI — O trovách konania

152. Podľa článku 69 ods. 3 Rokovacieho poriadku Súdneho dvora, „ak účastníci mali úspech len v časti predmetu konania…, môže Súdny dvor rozdeliť náhradu trov konania medzi účastníkov konania alebo rozhodnúť tak, že každý z nich znáša vlastné trovy“. Keďže navrhujem vyhovieť len jednému z dvoch žalobných dôvodov týkajúcich sa nesplnenia povinnosti, ktoré navrhla žalobkyňa, odporúčam Súdnemu dvoru, aby na účely spravodlivého rozdelenia trov, ktoré vznikli účastníkom na základe tohto konania, Európska komisia, Belgické kráľovstvo, Luxemburské veľkovojvodstvo, Rakúska republika, Spolková republika Nemecko a Helénska republika znášali vlastné trovy konania.

153. Pokiaľ ide o žalobu o nesplnenie povinnosti proti Francúzskej republike, je potrebné pripomenúť, že článok 69 ods. 2 rokovacieho poriadku stanovuje, že účastník konania, ktorý vo veci nemal úspech, je povinný nahradiť trovy konania, ak to bolo v tomto zmysle navrhnuté. Keďže Francúzska republika nemala úspech vo svojom jedinom dôvode a Komisia navrhla zaviazať Francúzsku republiku na náhradu trov konania, je namieste zaviazať tento štát na náhradu trov konania.

154. S odkazom na článok 69 ods. 4 prvú vetu rokovacieho poriadku Litovská republika, Rumunsko, Bulharská republika, Poľská republika, Spolková republika Nemecko, Slovinská republika, Rakúska republika, Česká republika, Slovenská republika, Maďarská republika, Lotyšská republika, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska a Francúzska republika, ktoré do týchto konaní vstúpili ako vedľajší účastníci, znášajú vlastné trovy konania.

VII — Návrh

155. Na základe všetkých vyššie uvedených úvah navrhujem, aby Súdny dvor:

Vo veci C-47/08:

1. rozhodol, že Belgické kráľovstvo si tým, že prijalo opatrenie, akým je opatrenie podľa článku 35 ods. 3 zákona zo 16. marca 1803 v znení zákona zo 4. mája 1999, ktorým sa prístup k notárskemu povolaniu obmedzuje výlučne na belgických štátnych príslušníkov, nesplnilo povinnosti, ktoré mu vyplývajú z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES;

2. v zostávajúcej časti žalobu zamietol;

3. zaviazal Komisiu a Belgické kráľovstvo, aby znášali vlastné trovy konania;

4. zaviazal Litovskú republiku, Českú republiku, Slovenskú republiku, Maďarskú republiku, Lotyšskú republiku, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska a Francúzsku republiku, ktoré do tohto konania vstúpili ako vedľajší účastníci, aby znášali vlastné trovy konania.

Vo veci C-50/08:

1. rozhodol, že Francúzska republika si tým, že prijala opatrenie, akým je opatrenie podľa článku 3 dekrétu z 5. júla 1973 v znení dekrétu č. 89-399 z 20. júna 1989,

ktorým sa prístup k notárskemu povolaniu obmedzuje výlučne na francúzskych štátnych príslušníkov, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES;

2. zaviazal Francúzsku republiku na náhradu trov konania;

3. zaviazal Litovskú republiku, Českú republiku, Slovenskú republiku, Maďarskú republiku, Lotyšskú republiku, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska a Bulharskú republiku, ktoré do tohto konania vstúpili ako vedľajší účastníci, aby znášali vlastné trovy konania.

Vo veci C-51/08:

1. rozhodol, že Luxemburské veľkovojvodstvo si tým, že prijalo opatrenie, akým je opatrenie podľa článku 15 zákona z 9. decembra 1976, ktorým sa prístup k notárskemu povolaniu obmedzuje výlučne na luxemburských štátnych príslušníkov, nesplnilo povinnosti, ktoré mu vyplývajú z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES;

2. v zostávajúcej časti žalobu zamietol;

3. zaviazal Komisiu a Luxemburské veľkovojvodstvo, aby znášali vlastné trovy konania;

4. zaviazal Litovskú republiku, Českú republiku, Poľskú republiku, Slovenskú republiku, Maďarskú republiku, Lotyšskú republiku, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska a Francúzsku republiku, ktoré do tohto konania vstúpili ako vedľajší účastníci, aby znášali vlastné trovy konania.

Vo veci C-53/08:

1. rozhodol, že Rakúska republika si tým, že prijala opatrenie, akým je opatrenie podľa § 6 ods. 1 písm. a) notárskeho poriadku RGBl č. 75/1871 v znení BGBl č. 164/2005, ktorým sa prístup k notárskemu povolaniu obmedzuje výlučne na rakúskych štátnych príslušníkov, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES;

2. v zostávajúcej časti žalobu zamietol;

3. zaviazal Komisiu a Rakúsku republiku, aby znášali vlastné trovy konania;

4. zaviazal Slovinskú republiku, Litovskú republiku, Českú republiku, Poľskú republiku, Maďarskú republiku, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska, Slovenskú republiku, Lotyšskú republiku, Spolkovú republiku Nemecko a Francúzsku republiku, ktoré do tohto konania vstúpili ako vedľajší účastníci, aby znášali vlastné trovy konania.

Vo veci C-54/08:

1. rozhodol, že Spolková republika Nemecko si tým, že prijala opatrenie, akým je opatrenie podľa § 5 spolkového notárskeho poriadku v znení zákona z 26. marca 2007, ktorým sa prístup k notárskemu povolaniu obmedzuje výlučne na nemeckých štátnych príslušníkov, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES;

2. v zostávajúcej časti žalobu zamietol;

3. zaviazal Komisiu a Spolkovú republiku Nemecko, aby znášali vlastné trovy konania;

4. zaviazal Slovinskú republiku, Litovskú republiku, Českú republiku, Poľskú republiku, Maďarskú republiku, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska, Estónsku republiku, Slovenskú republiku, Rakúsku republiku, Lotyšskú republiku, Bulharskú republiku a Francúzsku republiku, ktoré do tohto konania vstúpili ako vedľajší účastníci, aby znášali vlastné trovy konania.

Vo veci C-61/08:

1. rozhodol, že Helénska republika si tým, že prijala také opatrenie, akým je opatrenie podľa článku 19 ods. 1 zákona č. 2830/2000, ktorým sa obmedzuje prístup k notárskemu povolaniu výlučne na gréckych štátnych príslušníkov, nesplnila povinnosti, ktoré jej vyplývajú z článku 43 ES a článku 45 prvého odseku ES;

2. v zostávajúcej časti žalobu zamietol;

3. zaviazal Komisiu a Helénsku republiku, aby znášali vlastné trovy konania;

4. zaviazal Litovskú republiku, Slovinskú republiku, Slovenskú republiku, Spojené kráľovstvo Veľkej Británie a Severného Írska, Českú republiku a Francúzsku republiku, ktoré do tohto konania vstúpili ako vedľajší účastníci, aby znášali vlastné trovy konania.