SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA PEDRA CRUZA VILLALÓNA,

predstavljeni 14. septembra 2010[1]

I – Kazalo ..... I - 4110

II – Pravni okvir ..... I - 4111

A – Pravo Skupnosti ..... I - 4111

1. Primarno pravo ..... I - 4111

2. Sekundarno pravo ..... I - 4112

B – Nacionalno pravo ..... I - 4113

1. Notarski poklic ..... I - 4113

a) Belgijsko pravo ..... I - 4113

b) Francosko pravo ..... I - 4115

c) Luksemburško pravo ..... I - 4116

d) Avstrijsko pravo ..... I - 4117

e) Nemško pravo ..... I - 4119

f) Grško pravo ..... I - 4120

g) Povzetek ..... I - 4121

1 – Jezik izvirnika: španščina.

2. Nacionalni predpis, ki je izrecno predmet tožb: pogoj državljanstva ..... I - 4122

a) Belgijsko pravo ..... I - 4122

b) Francosko pravo ..... I - 4122

c) Luksemburško pravo ..... I - 4122

d) Avstrijsko pravo ..... I - 4122

e) Nemško pravo ..... I - 4123

f) Grško pravo ..... I - 4123

II – Trditve strank ..... I - 4123

III – Dopustnost ..... I - 4124

IV – Vsebinska presoja ..... I - 4125

A – Prvi tožbeni razlog neizpolnitve obveznosti ..... I - 4125

1. Tri uvodne splošne opombe ..... I - 4126

a) Norma, katere kršitev Komisija očita državam članicam: člena 43 ES in 45, prvi odstavek, ES ..... I - 4126

b) Težavnost razlage smisla člena 45, prvi odstavek, ES ..... I - 4127

c) Vključitev načela sorazmernosti ..... I - 4128

2. Dejavnost, povezana z izvajanjem javne oblasti ..... I - 4130

a) Sodna praksa Sodišča ..... I - 4130

b) Nujnost poglobljene preučitve pojma javne oblasti ..... I - 4132

3. Ali notarska dejavnost in, konkretno, dejavnost overjanja, spadata na negativno področje uporabe svobode ustanavljanja ..... I - 4136

a) Overjanje kot osrednja dejavnost notarjev v toženih državah članicah ..... I - 4136

b) Dejavnost overjanja kot izvajanje javne oblasti ..... I - 4138

4. Pogoj državljanstva glede na načelo sorazmernosti ..... I - 4141

a) Status notarja ..... I - 4141

b) Diskriminacija na podlagi državljanstva ob upoštevanju členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES ..... I - 4142

c) Presoja sorazmernosti ..... I - 4147

5. Sklep glede prvega tožbenega razloga neizpolnitve obveznosti ..... I - 4149

B – Drugi tožbeni razlog neizpolnitve obveznosti ..... I - 4150

V – Stroški ..... I - 4151

VI – Predlog ..... I - 4152

I – Kazalo

1. S temi tožbami zaradi neizpolnitve obveznosti Evropska komisija Sodišču predlaga, naj ugotovi, da Kraljevina Belgija, Francoska republika, Veliko vojvodstvo Luksemburg, Republika Avstrija, Zvezna republika Nemčija in Helenska republika s tem, da so dostop do notarskega poklica omejile izključno na svoje državljane (v nadaljevanju: pogoj državljanstva), niso izpolnile obveznosti iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES. Evropska komisija Sodišču prav tako predlaga, naj ugotovi, da te države članice – z izjemo Francoske republike – s tem, da Direktive 2005/36/ES o priznavanju poklicnih kvalifikacij[2] niso uporabile za notarski poklic, niso izpolnile obveznosti iz te direktive[3].

2. Čeprav Komisija očita le diskriminacijo na podlagi državljanstva, pa je osnovno vprašanje te zadeve bistveno bolj zapleteno. S temi postopki se želi doseči, da bi Sodišče ugotovilo, da notarska funkcija v smislu rimskega prava v obliki, ki je zanjo značilna

2 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta 2005/36/ES z dne 7. septembra 2005 (UL L 255, str. 22), s katero je bila razveljavljena Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1988 o splošnem sistemu priznavanja visokošolskih diplom, pridobljenih s poklicnim izobraževanjem in usposabljanjem, ki traja najmanj tri leta (89/48/EGS) (UL 1989, L 19, str. 16).

3 – To niso edine tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti, ki jih je Komisija vložila na tej podlagi, saj mora Sodišče odločiti tudi o tožbah, vloženih proti Portugalski (C-52/08) in Nizozemski (C-157/09).

v precejšnjem številu držav članic[4], spada na področje svobode ustanavljanja, ker ni povezana z „izvajanjem javne oblasti“.

3. Gledano s splošnega vidika je Sodišče ob presoji tega vprašanja v obravnavanih primerih postavljeno pred verjetno najbolj kočljivo razlagalno nalogo, ki jo je doslej moralo opraviti glede povezave med členoma 43 ES in 45, prvi odstavek, ES. Do zdaj – kot bo razvidno spodaj – so se primeri o povezavi teh določb, ki jih je Sodišče obravnavalo, nanašali na poklice z ohlapnimi ali izjemno bežnimi povezavami z javno oblastjo, kar pa vsekakor ni mogoče reči, da velja *prima facie* v obravnavanih primerih.

4. Iz teh razlogov pomeni šest tožb, združenih za namene teh sklepnih predlogov, priložnost za Sodišče, da bolj poglobljeno kot doslej preuči obseg tako kompleksne norme, kot je ta, ki izhaja iz povezave členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES. Pri tej nalogi mora Sodišče – drugače kot v dosedanjih primerih – iskati ustrezno ravnotežje med cilji svoboščin Unije, spoštovanjem pristojnosti držav članic in statusom državljanstva Unije. Pri tehtanju teh vrednot bo Sodišče spoznalo, da je v zvezi z zgoraj navedenimi členi potrebna posebej zahtevna razlaga, na katero bo odločilno vplivalo načelo sorazmernosti.

5. Kot je razvidno, je zaradi narave razsežnosti, ki so predmet obravnave, in možnosti uvedbe preizkusa sorazmernosti v zvezi s členoma 43 ES in 45, prvi odstavek, ES, pomen obravnavanih primerov očiten ne le za samo notarsko dejavnost, ampak tudi – v širšem smislu – za pravo Unije.

II – Pravni okvir

A – *Pravo Skupnosti*

1. Primarno pravo

6. Norma, na katero se Komisija sklicuje pri utemeljitvi tožbe, je ta, ki izhaja iz povezave

4 – Čeprav je notariat v razumevanju romanskega prava, ki je predmet teh tožb, v Evropi najbolj razširjen, je treba opozoriti, da v Evropski uniji soobstaja z drugimi različicami, katerih vključitev na področje uporabe člena 45, prvi odstavek, ES ni vprašljiva. To velja bodisi zato, ker je notariat neposredno vključen v javno upravo, bodisi ker overitve, ki jih opravljajo, niso verodostojne v smislu, ki je tu upošteven. Nazadnje, različnost ureditev v Evropi se je z odpravo pogoja državljanstva v nekaterih državah z romanskim tipom notariata v zadnjih letih povečala (Italija, Španija).

členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES (postala člena 49 PDEU in 51 PDEU) in v skladu s katero je bila v času, v katerem je prišlo do očitane neizpolnitve obveznosti, fizičnim in pravnim osebam zagotovljena svoboda ustanavljanja, in sicer tako:

„*Člen 43*

V okviru določb, navedenih v nadaljevanju, se omejitve glede pravice do ustanavljanja za državljane ene države članice na ozemlju druge države članice prepovejo. Ta prepoved se uporablja tudi za omejitve pri ustanavljanju agencij, podružnic ali hčerinskih družb državljanov katere koli države članice s sedežem na ozemlju katere koli države članice.

[…]

Člen 45

Določbe tega poglavja se v posamezni državi članici ne uporabljajo za tiste dejavnosti, ki so v tej državi povezane, četudi občasno, z izvajanjem javne oblasti.

Svet lahko na predlog Komisije s kvalificirano večino odloči, da se določbe tega poglavja za nekatere dejavnosti ne uporabljajo.“[5]

2. Sekundarno pravo

7. Direktiva Sveta 89/48 je določala rok za prenos, ki se je v skladu s členom 12 te direktive iztekel 4. januarja 1991.

8. Člen 2 te direktive je določal:

„Ta direktiva velja za vsakega državljana države članice, ki želi opravljati reguliran poklic v državi članici gostiteljici kot samozaposlena ali zaposlena oseba.

Ta direktiva ne velja za poklice, ki so predmet posebne direktive, ki med državami članicami ureja vzajemno priznavanje diplom.“

5 – Poudariti je treba, da čeprav se v teh postopkih zaradi neizpolnitve obveznosti vse stranke sklicujejo na člen 45 ES, brez natančnejše opredelitve, je določba, ki je dejansko mišljena, vedno ta iz prvega odstavka tega člena, torej ta, ki „negativno“ opredeljuje področje uporabe svoboščine, s tem da določa, da ta ne obsega dejavnosti, povezanih z izvajanjem javne oblasti. V zelo drugačnem smislu se drugi odstavek nanaša na generičen primer gospodarskih dejavnosti, ki sicer niso povezane z izvajanjem javne oblasti, vendar pa se „lahko“ z določbami sekundarnega prava „izključijo“ iz svobode ustanavljanja. K temu se bom vrnil spodaj.

9. Treba je poudariti, da notarski poklic ni bil urejen z nobenim predpisom iz drugega odstavka navedenega člena.

10. Direktiva 89/48 je bila razveljavljena in kodificirana z Direktivo 2005/36. V novem besedilu je ohranjena bistvena vsebina Direktive 89/48, vendar je v uvodni izjavi 41 – kar je glede na prejšnjo direktivo novost – z očitno ne nepomembno dikcijo navedeno:

„Ta direktiva ne posega v uporabo členov 39(4) in 45 Pogodbe, kar zadeva predvsem notarje."

B – *Nacionalno pravo*

1. Notarski poklic

11. Komisija in države članice so navedle veliko dejanskih in pravnih dejavnikov, s katerimi je notarski poklic v vsaki državi natančno opisan. Vendar bom – glede na obseg predloženih podatkov, glede na to, da so predmet teh sklepnih predlogov združene zadeve, ter glede na nujnost jasnega utemeljevanja vsebinske presoje – v nadaljevanju za vsako zadevo ločeno strnil navedene predpise in funkcije, ki so v vsaki državi članici pripisani notarskemu poklicu in med katerimi posebej izstopa overjanje pravnih aktov.

a) Belgijsko pravo

12. Notarski poklic je v Belgiji urejen z zakonom z dne 25. ventôse leta XI in različnimi določbami zbranimi v, med drugim, belgijskem zakoniku o sodiščih.

13. V skladu z belgijsko ureditvijo je vloga notarja zlasti sestavljanje verodostojnih aktov, ki imajo dve poglavitni lastnosti: popolno dokazno moč in izvršljivost.[6]

14. Notar overitev izvede na predlog stranke in pri tem opravi preizkus zakonitosti akta, ki ga overja. Notarjevo posredovanje je glede na namen akta, ki ga je treba overiti, lahko obvezno ali neobvezno, z njim pa se potrdi, da so izpolnjeni vsi zakonski pogoji, nujni za izvedbo akta, in da so stranke pravno in poslovno

6 – Člen 19 zakona z dne 25. ventôse leta XI.

sposobne. Med posredovanjem notar vsako stranko obvesti o njenih pravicah in obveznostih, pri čemer jim povsem nepristransko svetuje.[7] Notar prav tako neposredno zaračunava in pobira pristojbine za vpis in ustanovitev hipoteke.

15. Vsi notarsko overjeni akti imajo popolno dokazno moč, ki je enaka dokazni moči aktov, ki jih izdajo javni uradniki, in ki jo je mogoče prerekati le pred sodišči. Spremembo notarjeve presoje je mogoče doseči s pritožbo, vendar le v postopku z izrednim pravnim sredstvom.[8]

16. Dalje, overjeni akt je izvršljiv na ozemlju celotne države.[9] Tako je dolžniku vsiljen z namenom izvršitve (pogoj za to pa je vročitev), javni organ, *huissier*, pa neposredno pristopi k izvršitvi. Če ji dolžnik nasprotuje, lahko pred sodiščem vloži ugovor zoper izvršitev.[10]

17. Belgijska vlada je pokazala, da notarji poleg funkcije overjanja opravljajo tudi druge dejavnosti, ki pa so v primerjavi s prej navedeno dejavnostjo postranske. Notar tako opravlja funkcije, povezane s prodajo nepremičnin, v izvršilnih postopkih, postopkih zaradi insolventnosti, postopkih v zvezi s skrbništvom ali zapuščinskih postopkih; opravlja tudi funkcije popisa premoženja, razdelitve nedeljivih stvari in funkcije, povezane z ustanavljanjem, združitvami in drugimi akti v zvezi z družbami.

18. Zaradi izpolnjevanja teh funkcij je notar javni uslužbenec, ki zastopa javno oblast, čeprav se šteje, da dejavnost opravlja kot svoboden poklic.[11] Njegov položaj je trajen, zanj pa velja ureditev disciplinske odgovornosti, ki se uporablja za nosilce javnih pooblastil.[12] Honorarji notarjev nimajo tržne narave in so določeni z zakonom, vendar pa ima stranka pri izbiri notarja široko svobodo. Notarji se za stranke tako ne potegujejo s politiko cen, ampak s kakovostjo storitev.

7 – Člen 9(1), točka 3, zgoraj navedenega zakona z dne 25. ventôse.

8 – Postopek „inscription en faux“, ki se uporablja za notarske akte, je v civilnem pravu urejen v členu 895 belgijskega zakonika o sodiščih.

9 – Člen 19 zgoraj navedenega zakona z dne 25. ventôse.

10 – Člena 1395 in 1396 belgijskega zakona o sodiščih.

11 – Člen 1 zgoraj navedenega zakona z dne 25. ventôse.

12 – Člen 108 zgoraj navedenega zakona z dne 25. ventôse

b) Francosko pravo

19. Notarski poklic je v Franciji urejen z zakonom z dne 25. ventôse leta XI in drugimi posebnimi določbami zlasti iz zakonika o pravdnem postopku.

20. Za notarski poklic v Franciji je značilno tudi overjanje aktov in pogodb, ki jih stranke predložijo notarju, čigar posredovanje povzroči, da ima akt ali pogodba polno dokazno moč in je izvršljiv.[13]

21. Francoski notar posreduje na pobudo stranke, čeprav obstajajo različni akti, za katerih sestavo je posredovanje notarja obvezno.[14] Za ustrezno overitev mora notar preveriti zakonitost posla, poleg tega pa se mora držati strogih pravil obličnosti, ki so določena v zakonu[15] in ki vključujejo zahtevo, da je akt sestavljen v francoščini[16]. Notar je prav tako obvezan stranke obvestiti o obsegu in učinkih akta ter zagotoviti, da soglasje izrazijo svobodno in so pri tem v celoti pravno in poslovno sposobne.

22. Overjen akt ima večjo dokazno moč, ki pa jo je mogoče prerekati v posebnem postopku, ki ga lahko vodi izključno *tribunal de grande instance*.[17] Postopek se glede na to, ali se vsebina akta izpodbija med postopkom, ki že poteka ali pa še ne, lahko sproži kot vmesni ali primarni postopek.[18] Izid tega postopka so lahko tudi sankcije, in sicer tako za notarja kot za stranko, ki ga je začela.

23. Izvršljivost notarskega akta pomeni, da lahko katera koli stranka, ki je bila pri njem udeležena, zahteva prisilno izvršbo neposredno od javnega organa, ki je za to izključno pristojen, kar je *huissier*[19]. Za razliko od zasebnih aktov ob izvršitvi notarskih aktov nista potrebna niti sodni postopek niti soglasje

13 – Člen 1 uredbe št. 45-2590 z dne 2. novembra 1945, člen 1319 civilnega zakonika in člen 19 zgoraj navedenega zakona z dne 25. ventôse.

14 – Med drugim darila, ženitne pogodbe, ustanovitev hipotek ali prodajne pogodbe z učinkom v prihodnosti.

15 – Glej zgoraj navedeni zakon z dne 25. ventôse leta XI in posebne določbe, kot so te iz člena 850 carinskega zakonika.

16 – Člen 1 zakona 94-665 z dne 4. avgusta 1994 in sklep Villers-Cotterêts iz leta 1539, ki še vedno velja in iz katerega izvira obveznost uporabe francoščine v javnih dokumentih.

17 – Člen 299 zakonika o pravdnem postopku.

18 – Člena 306 in 314 zakonika o pravdnem postopku.

19 – Monopol nad izvrševanjem aktov in izvršljivih naslovov imajo na podlagi člena 18 zgoraj navedenega zakonika o pravdnem postopku izključno *huissiers*.

dolžnika. Izvršilni postopek je enak temu, ki se uporablja za izvršbo sodnih odločb.[20]

24. Francoska vlada je pokazala, da notarji poleg funkcije overjanja opravljajo tudi druge dejavnosti, ki pa so sicer v primerjavi s prej navedeno dejavnostjo postranske. Notar tako opravlja funkcije, povezane s pobiranjem davkov, ki so drugačne od overjanja, ki ga dopolnjujejo in kažejo na stopnjo vključenosti tega poklica v javno oblast.

25. Notar je državni uradnik in nosilec javnih pooblastil, ki so mu bila delegirana; zanj velja posebna ureditev o nezdružljivosti funkcij, čeprav svojo dejavnost opravlja kot svoboden poklic.[21] Ne glede na to pa njegova funkcija spada v okvir dejavnosti preventivnega pravosodja, ki zagotavlja stabilnost pravnih in socialnih razmerij. Notarska tarifa je določena z zakonom, vendar ima stranka možnost izbire med notarji. Gre torej za gospodarsko dejavnost, ki se opravlja v okviru sistema konkurence, v katerem je odločilen dejavnik za razlikovanje med ponudniki kakovost storitev, in ne njihova cena.

c) Luksemburško pravo

26. Notarski poklic je v Luksemburgu urejen z zakonom z dne 9. decembra 1976 in s posebnimi predpisi, zlasti z zakonikom o pravdnem postopku, zakonom z dne 25. septembra 1905 in uredbo velikega vojvode z dne 7. oktobra 2000.

27. Za luksemburški notariat je prav tako značilno, da so notarji javni uradniki, ki imajo nalogo overjanja vseh aktov in pogodb, ki jim jih za potrditve njihove verodostojnosti predložijo stranke.[22] Z overitvijo ti dokumenti pridobijo večjo dokazno moč in izvršljivost.[23]

28. Notar posreduje na predlog stranke; opraviti mora preizkus zakonitosti in zagotoviti, da so izpolnjene različne formalnosti, ki so predpisane z zakonom. Vendar je njegovo sodelovanje v določenih primerih obvezno.[24] Notar mora zagotoviti, da stranke ravnajo popolnoma svobodno in so v celoti pravno in poslovno sposobne. Prav tako je obvezan, da strankam svetuje povsem nepristransko in jih obvesti o pravicah in obveznostih, ki izhajajo iz samega akta in njegovega posredovanja.

20 – Zakon 91-650 z dne 9. julija 1991.

21 – Javnost notarske dejavnosti je v sodbi z dne 9. junija 2006 (št. 280911) potrdil francoski Conseil d'État, s tem da je ugotovil, da se člen 45, prvi odstavek, ES uporablja za ta poklic, čeprav je do tega sklepa prišel brez predložitve vprašanja za predhodno odločanje Sodišču.

22 – Člen 1 zakona z dne 9. decembra 1976.

23 – Člena 37 in 45 zgoraj navedenega zakona.

24 – Glej na primer zakon z dne 25. septembra 1905 o stvarnih pravicah na nepremičninah.

29. Overitev je opravljena z odtisom pečata, na katerega se napiše izvršilna klavzula.[25] Dokazna moč akta je zato posebej zanesljiva in jo je mogoče izpodbijati samo v izjemnih primerih in v posebnem pritožbenem postopku.[26]

30. Izvršljivost notarskega akta upniku omogoča, da izvršilni postopek zoper dolžnika začne neposredno, ne da bi moral začeti ugotovitveni postopek pred sodiščem. Upnik se mora zgolj obrniti na organ, ki je izključno pristojen za prisilno izvršbo, to je na *huissier*. Zoper odločbe *huissier* je med izvršilnim postopkom mogoča pritožba ob enakih pogojih, ki veljajo za primer izvršbe sodne odločbe.

31. Luksemburška vlada je pokazala, da notarji poleg funkcije overjanja opravljajo tudi druge dejavnosti, ki pa so v primerjavi s prej navedeno dejavnostjo postranske. Notar tako opravlja funkcije, povezane s prodajo nepremičnin, v izvršilnih postopkih, postopkih zaradi insolventnosti, postopkih v zvezi s skrbništvom ali zapuščinskih postopkih; opravlja tudi funkcije popisa premoženja in razdelitve nedeljivih stvari.

32. Notarji so javni uradniki, ki jih na predlog ministra za pravosodje imenuje veliki vojvoda. Svoje funkcije opravljajo na celotnem luksemburškem ozemlju, na katerem morajo imeti svoje stalno prebivališče. Čeprav svoje funkcije opravljajo kot svoboden poklic, za njih velja posebna ureditev, ki vključuje stroga pravila o nezdružljivosti funkcij.[27] Notarska tarifa je določena z zakonom, vendar imajo stranke možnost izbire med notarji, če v sodnem okrožju, na katerem je potrebno njihovo posredovanje, deluje več kot eden. Zato med notarji vlada svobodna konkurenca, čeprav si ne konkurirajo na podlagi cen, ampak kakovosti storitev.

d) Avstrijsko pravo

33. Dejavnost avstrijskega notariata je v splošnem urejena z zakonom z dne 25. julija 1871 in z zakonom z dne 11. novembra 1970 ter z različnimi določbami zakonika o pravdnem postopku.

34. Avstrijski notariat opravljajo uradniki, ki jih na to mesto dosmrtno imenuje država in ki med drugim opravljajo funkcije overjanja aktov, ki s tem dobijo posebne dokazne učinke in postanejo izvršljivi.[28]

25 – Uredba velikega vojvode z dne 7. oktobra 2000.

26 – Člen 310 in naslednji zakonika o pravdnem postopku.

27 – Člen 6 zgoraj navedenega zakona z dne 9. decembra 1976.

28 – Člen 292 zakonika o pravdnem postopku in člen 3 zakona z dne 25. julija 1871, RGBl. 75/1871.

35. Kot je priznala Republika Avstrija v odgovoru na tožbo je overjanje tipična in izvorna naloga notariata v tej državi. Gre za funkcijo, ki se opravlja na pobudo stranke, čeprav je v nekaterih primerih obvezna za sestavo akta in za to, da ima ta polni učinek. Notar opravi preizkus zakonitosti akta, ki mu je bil predložen v overitev, obenem pa stranke pouči o njihovih pravicah in obveznostih ter učinkih overitve in potrdi, da so v celoti pravno in poslovno sposobne.

36. Notar lahko po overitvi akta stranke zastopa, v posebnih primerih pa tudi zagovarja pred sodišči in upravnimi organi.[29] To dejavnost opravlja samostojno in odplačno.

37. Notarski akti imajo posebno dokazno moč, ki pa jo je pod strogimi pogoji mogoče prerekati.[30]

38. Z overitvijo notarski akti postanejo izvršilni naslov, ki jih je na predlog zainteresirane stranke mogoče neposredno izvršiti pred pristojnimi javnimi organi, to je okrajnimi sodišči.[31] Pri tem nista potrebna niti soglasje dolžnika niti pridobitev ugotovitvene sodne odločbe. V izvršilnem postopku je dopustno pravno sredstvo, ki je urejeno s posebno procesno zakonodajo, ki se nanaša na ta postopek.[32]

39. Avstrijska vlada je pokazala, da notarji poleg funkcije overjanja opravljajo tudi druge dejavnosti. Notar tako nastopa kot Gerichtskommissär, kar je funkcija, ki mu je dodeljena z zakonom in v okviru katere opravlja naloge pomoči in posredovanja v okviru nekaterih sodnih postopkov, na primer v dednopravnih postopkih. Kot Gerichtskommissär izvaja notar pooblastila, vključno s pristojnostjo izdajanja odredb, ki ustrezajo sodnim odredbam.

40. Notar je uradnik, ki ga z odločbo imenuje minister za pravosodje in ki je obvezan opravljati svoje javne funkcije. Vendar svojo dejavnost opravlja kot svoboden poklic. Notarji svoje funkcije opravljajo povsem neodvisno;

29 – Člen 5 zgoraj navedenega zakona.

30 – Člen 292 zakonika o pravdnem postopku.

31 – *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht.* Glej člen 17 in naslednje zakona z dne 27. maja 1896, RGBl. 79/1896.

32 – Členi od 35 do 37 zgoraj navedenega zakona z dne 27. maja 1896.

za njih velja posebna ureditev. Notarska tarifa je določena z zakonom, vendar imajo stranke možnost izbire notarja. Notarji tako delujejo v pogojih konkurence, ki ne temelji na politiki cen, ampak na kakovosti storitev.

e) Nemško pravo

41. Notarska dejavnost je v Nemčiji urejena z zakonom z dne 24. februarja 1961 in z različnimi določbami zakonika o pravdnem postopku.

42. Nemški notariat opravljajo neodvisni javni uradniki, katerih bistvena funkcija je overjanje aktov.[33] Z overitvijo notarski akt postane izvršljiv in pridobi posebno dokazno moč.[34] Notarska funkcija je vključena v tako imenovano „preventivno pravosodje“.[35]

43. Overjanje je najpomembnejša in najznačilnejša dejavnost notarskega poklica. Pri overjanju notar opravi preizkus zakonitosti zasebnih aktov, ki jih želijo stranke sestaviti, in zagotovi, da so ob izjavi volje v celoti pravno in poslovno sposobne.[36] Če so zakonski pogoji izpolnjeni, je notar obvezan opraviti overitev.[37] V okviru svoje dejavnosti notar strankam svetuje in jih pouči o njihovih pravicah in obveznostih ter učinkih overitve.[38] Čeprav notar posreduje na pobudo stranke, in ne po uradni dolžnosti, je v nemški ureditvi glede širokega razpona aktov določeno, da jim poln učinek zagotovi le posredovanje notarja.[39]

44. Notarski akt potrjuje verodostojnost in ima posebno dokazno moč, ki pa jo je mogoče prerekati, če so izpolnjeni zakonsko določeni pogoji[40] in če je to dopustno glede na predmet overitve, katerega verodostojnost je notar potrdil – lahko gre za izjave tretjih oseb, samega notarja ali dejanske dogodke.

45. Notarski akt je izvršljiv in pristojni organi neposredno pristopijo k izvršitvi, pri čemer je dolžnika o tem treba le obvestiti, njegovo soglasje pa ni potrebno. To predpostavlja, da

33 – Člena 1 in 20(1) zakona z dne 24. februarja 1961, BGBl. I., str. 97.

34 – Členi 415, 794(1), točka 5, in 797(2) zakonika o pravdnem postopku.

35 – Nemški izraz – iz člena 1 zakona z dne 24. februarja 1961 – je „vorsorgende Rechtspflege“.

36 – Člen 14(2) zgoraj navedenega zakona z dne 24. februarja 1961.

37 – Člen 15(1) zgoraj navedenega zakona z dne 24. februarja 1961.

38 – Člen 14(1), točka 2, zgoraj navedenega zakona z dne 24. februarja 1961.

39 – Glej med drugim primere obljube darila (člen 518 BGB), ženitne pogodbe (člen 1408 BGB) ali odpovedi dediščini (člen 2346 BGB).

40 – Člen 415(2) zakonika o pravdnem postopku.

dolžnik ob nastanku in overitvi akta pristane na njegovo izvršitev.[41] Za izvršitev so pristojni izključno organi, določeni z zakonom, med katere pa notar ni vključen.[42] Odločbe, ki so sprejete med izvršitvijo in so povezane z vsebino notarskega akta, je mogoče izpodbijati s pravnim sredstvom pred sodiščem.[43]

46. Nemška vlada je pokazala, da notarji poleg funkcije overjanja opravljajo tudi druge dejavnosti, ki pa so v primerjavi s prej navedeno dejavnostjo postranske. Notar tako opravlja funkcije, povezane z overjanjem prepisov dokumentov in podelitvijo pooblastil ter potrditvijo zapriseženih izjav.

47. Nemški notar je javni uradnik, ki ga imenuje Land in ki svoje funkcije opravlja v imenu države.[44] Čeprav njegova dejavnost ni tržna, jo opravlja kot svoboden poklic, razen v zvezni deželi BadenWürttenberg[45]. V drugih Länder in glede na okrožje notar svoj poklic opravlja bodisi kot izključno dejavnost bodisi skupaj z odvetništvom. Za notarje velja posebna ureditev, s katero je zagotovljena njihova neodvisnost, notarska tarifa pa je določena z zakonom.[46] Vendar ima stranka široko možnost izbire notarja znotraj ustreznega okrožja.[47] Med notarji tako vlada konkurenca, ki pa ne temelji na politiki cen, ampak na kakovosti storitev.

f) Grško pravo

48. Notarska dejavnost je v Grčiji v bistvenem urejena z zakonom 2830/2000.

49. Grški notar je javni uradnik, čigar poglavitna naloga je overjanje aktov, s čimer jim da dokazno moč in izvršljivost.[48]

41 – Člen 794(1), točka 5, zakonika o pravdnem postopku.

42 – Obstajajo različni pristojni organi, med drugim sodni izvršitelj (Gerichtsvollzieher), izvršitveno sodišče (Vollstreckungsgericht), procesno sodišče (Prozessgericht) ali zemljiškoknjižno sodišče (Grundbuchamt).

43 – Člena 732 in 797(3) zakonika o pravdnem postopku.

44 – Člen 1 zgoraj navedenega zakona z dne 24. februarja 1961.

45 – V tem primeru je notar uradnik, ki je vključen v javno upravo.

46 – Člen 17 zgoraj navedenega zakona z dne 24. februarja 1961.

47 – Člena 10a in 11 zgoraj navedenega zakona z dne 24. februarja 1961.

48 – Člen 1(1) zakona 2830/2000.

50. Notar je odgovoren za overjanje aktov, ki mu jih svobodno predložijo stranke, čeprav je njegovo posredovanje lahko v določenih primerih obvezno.[49] Notar strankam svetuje in jih pouči o njihovih pravicah in obveznostih, pri opravljanju svojih storitev pa je povsem neodvisen.

51. Notarski akti imajo posebno dokazno moč, ki učinkuje proti vsem.[50] Vsebino akta je mogoče izpodbijati le na podlagi izrednih razlogov.

52. Zaradi izvršljivosti notarskega akta se lahko njegova prisilna izvršitev zahteva neposredno od organa, ki je za to pristojen in odgovoren. Vendar je v natančno določenih okoliščinah zoper akte prisilne izvršitve mogoče – čeprav le v vmesnem postopku – vložiti pravno sredstvo.[51]

53. Poleg tega je grška vlada pokazala, da notarji poleg funkcije overjanja opravljajo tudi druge dejavnosti, ki pa so v primerjavi s prej navedeno dejavnostjo postranske. Notar tako med drugim opravlja funkcije, povezane s prodajo nepremičnin, v izvršilnih postopkih, postopkih zaradi insolventnosti, postopkih v zvezi s skrbništvom ali zapuščinskih postopkih; opravlja tudi funkcije v zvezi s popisom premoženja in razdelitvijo nedeljivih stvari.

54. Notar je javni uradnik, ki svoje storitve opravlja neodvisno in prejema plačilo neposredno od stranke. Čeprav je notarska tarifa določena z zakonom, ima stranka možnost izbire med notarji.

55. Notarji tako delujejo v pogojih konkurence, ki ne temelji na politiki cen, ampak na kakovosti storitev.

g) Povzetek

56. Glede na navedeno lahko upravičeno presodimo, da je vseh šest toženih držav članic privzelo in razvilo skupno obliko notariata, in sicer zlasti glede overitve in njenih končnih učinkov: dokazne moči in izvršljivosti. Za vse tožene države članice je prav tako značilen poseben in hibriden status notariata, na pol poti med javno oblastjo in svobodnim poklicem, in za katerega veljajo pravice in obveznosti, zaradi katerih je notariat urad, ki opravlja gospodarsko dejavnost *sui generis*. Taka stopnja sovpadanja v osnovnih lastnostih omogoča utemeljen in enoten odgovor na obravnavane tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti.

49 – To je tako na primer pri ustanovitvi družb, darilih *inter vivos* ali prenosu nepremičnin.

50 – Člen 438 zgoraj navedenega zakona 2830/2000.

51 – Člen 933 in naslednji zgoraj navedenega zakona 2830/2000.

2. Nacionalni predpis, ki je izrecno predmet tožb: pogoj državljanstva

57. Po predstavitvi osnovnega zakonodajnega okvira, ki se nanaša na notarski poklic, je treba navesti določbe, ki so predmet očitkov Komisije v tem postopku in katerih namen je omejitev dostopa do notariata na državljane zadevnih držav članic.

a) Belgijsko pravo

58. Člen 35(3) zakona z dne 25. ventôse leta XI, kakor je bil spremenjen z zakonom z dne 4. maja 1999, za opravljanje notarskega poklica v Belgiji določa pogoj državljanstva. Ta člen določa:

„Za imenovanje za notarskega pomočnika mora zainteresirana oseba: 1. biti belgijski državljan […]“

b) Francosko pravo

59. Člen 3 uredbe z dne 5. julija 1973, kakor je bila spremenjena z uredbo 89399 z dne 20. junija 1989, za dostop do notarskega poklica v Franciji določa pogoj državljanstva, in sicer tako:

„Za notarja je lahko imenovan, kdor izpolnjuje te pogoje: 1. je francoski državljan […].“

c) Luksemburško pravo

60. Člen 15 zakona z dne 9. decembra 1976 o organizaciji notariata za dostop do notarskega poklica v Luksemburgu določa pogoj državljanstva. Ta člen določa:

„Za opravljane notarske funkcije je treba: 1. biti luksemburški državljan […].“

d) Avstrijsko pravo

61. Člen 6(1)(a) uredbe o notariatu RGBl. št. 75/1871, kakor je bila spremenjena z BGBl. št. 164/2005, za dostop do notarskega poklica v Avstriji določa pogoj državljanstva tako:

„Za opravljanje nalog notarja, mora kandidat (a) imeti avstrijsko državljanstvo […].“

e) Nemško pravo

62. Člen 5 zveznega zakona o notariatu, kakor je bil spremenjen s členom 3 zakona z dne 26. marca 2007, za dostop do notarskega poklica v Nemčiji določa pogoj državljanstva. Člen določa:

„Naloge notarja lahko opravljajo le nemški državljani, ki izpolnjujejo pogoje za nastop sodniške funkcije, določene v zveznem zakonu o sodiščih."

f) Grško pravo

63. Člen 19(1) zgoraj navedenega zakona 2830/2000 za opravljanje notarskega poklica v Grčiji določa pogoj državljanstva tako:

„Za notarja so imenovane osebe, ki imajo grško državljanstvo […]."

II – Trditve strank

64. Komisija v zadevah, ki so tukaj združene, ob podpori Združenega kraljestva Velika Britanija in Severna Irska Sodišču predlaga, naj:

– ugotovi, da Kraljevina Belgija, Francoska republika, Veliko vojvodstvo Luksemburg, Republika Avstrija, Zvezna republika Nemčija in Helenska republika s tem, da so dostop do poklica notarja omejile izključno na svoje državljane, niso izpolnile obveznosti iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES;

– ugotovi da Kraljevina Belgija, Veliko vojvodstvo Luksemburg, Republika Avstrija, Zvezna republika Nemčija in Helenska republika s tem, da za notarski poklic niso uporabile Direktive 2005/36 o priznavanju poklicnih kvalifikacij, niso izpolnile obveznosti iz te direktive;

– Kraljevini Belgiji, Francoski republiki, Velikemu vojvodstvu Luksemburg, Republiki Avstriji, Zvezni republiki Nemčiji in Helenski republiki naloži plačilo stroškov.

65. Tožene države članice ob podpori Republike Litve, Romunije, Republike Bolgarije, Republike Poljske, Republike Slovenije, Češke republike, Slovaške republike, Republike Madžarske in Republike Latvije Sodišču predlagajo, naj:

ugotovi, da je tožba neutemeljena, ker do kršitve členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES ni prišlo, in naloži plačilo stroškov Komisiji;

poleg tega in predhodno glede na prvi predlog Zvezna republika Nemčija uveljavlja ugovor nedopustnosti, ker naj bi Komisija v predhodnem postopku svoje očitke utemeljila s sklicevanjem na Direktivo 89/48, medtem ko v tožbenem spisu očita neizpolnitev obveznosti iz Direktive 2005/36, ki nadomešča prej navedeno direktivo.

III – Dopustnost

66. V zadevi C54/08, v kateri je Zvezna republika Nemčija tožena stranka, ta ob podpori Slovenije in Latvije uveljavlja ugovor nedopustnosti v zvezi s predpisi, na katere se sklicuje Komisija. Meni, da je Komisija v predhodni fazi postopka zaradi neizpolnitve obveznosti očitala kršitev Direktive 89/48, medtem ko zdaj, v postopku pred Sodiščem, očita kršitev Direktive 2005/36, ki nadomešča prejšnjo direktivo.

67. Temu ugovoru ni mogoče ugoditi.

68. V skladu z ustaljeno sodno prakso je pravilnost predhodnega postopka bistveno jamstvo, ki ga Pogodba želi zagotavljati ne le za varstvo pravic zadevnih držav članic, temveč tudi za to, da bo v morebitnem sodnem postopku predmet spora jasno opredeljen. Le na podlagi pravilnega predhodnega postopka kontradiktoren postopek pred Sodiščem temu omogoči, da presodi, ali država članica dejansko ni izpolnila natančno opredeljenih obveznosti, katerih kršitev zatrjuje Komisija.[52]

69. Vendar, kot je Sodišče večkrat ugotovilo, čeprav predlogov, ki jih vsebuje tožba, načeloma ni mogoče razširiti onkraj neizpolnitve obveznosti, zatrjevane v izreku obrazloženega mnenja in v uradnem opominu, lahko Komisija kljub temu ob spremembi prava

52 – Sklep Sodišča z dne 11. julija 1995 v zadevi Komisija proti Španiji (C-266/94, Recueil, str. I-1975, točki 17 in 18).

Skupnosti, ki se zgodi med predhodnim postopkom, „predlaga ugotovitev neizpolnitve obveznosti, ki izvirajo iz prvotnega besedila direktive, ki je bila pozneje spremenjena ali razveljavljena, in ki so ohranjene z novimi določbami“.[53]

IV – Vsebinska presoja

A – *Prvi tožbeni razlog neizpolnitve obveznosti*

70. Torej, kot je navedla Komisija, je iz primerjave upoštevnih določb razvidno, da so bile določbe Direktive 89/48 z Direktivo 2005/36 utrjene in kodificirane. Zato večina obveznosti, ki so jih imele države na podlagi Direktive 89/48, velja tudi na podlagi Direktive 2005/36.

71. Ugovor nedopustnosti je glede na to treba zavrniti, saj se nanaša na obveznosti iz Direktive 2005/36, ki so veljale že na podlagi razveljavljene direktive.

72. Komisija s prvim tožbenim razlogom neizpolnitve, ki ga uveljavlja, Sodišču predlaga, naj ugotovi, da so tožene države članice s tem, da so dostop do notarskega poklica omejile le in izključno na svoje državljane, kršile člena 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

73. Države članice v odgovoru navajajo drugačno razumevanje pravila iz obeh določb, ki v bistvu temelji na določitvi njenega področja uporabe, ki je v drugi določbi opredeljeno negativno, to je predlagajo drugačno razlago izraza „dejavnosti, ki so v tej državi povezane, četudi občasno, z izvajanjem javne oblasti.“

74. Namreč, če poenostavimo, medtem ko je za Komisijo člen 45, prvi odstavek, ES v bistvu določba, vezana na pojem „prisila“, države članice zagovarjajo občutno širšo razlago v smislu, da norma obsega vse oblike odločitev, ki imajo posebne učinke, ki so drugačni od tistih, ki izhajajo iz zasebnega akta.

53 – Glej med drugim sodbi Sodišča z dne 9. novembra 1999 v zadevi Komisija proti Italiji (C-365/97, Recueil, str. I-7773, točka 36) in z dne 5. junija 2003 v zadevi Komisija proti Italiji (C-145/01, Recueil, str. I-5581, točka 17).

1. Tri uvodne splošne opombe

75. Najprej je treba navesti tri splošne preudarke. Prvi se nanaša na strukturo pravila, ki izhaja iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES; drugi se nanaša na pomen ali, drugače, na ustroj samega člena 45, prvi odstavek, ES; tretji pa se nanaša na uporabo načela sorazmernosti.

a) Norma, katere kršitev Komisija očita državam članicam: člena 43 ES in 45, prvi odstavek, ES

76. Kot sem navedel Komisija zatrjuje kršitev skupnega pravila, ki izhaja iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES in na podlagi katerega je določljivo področje uporabe svobode ustanavljanja. Najprej je treba pojasniti posebnost te neizpolnitve obveznosti, ki je izpeljana iz vsote dveh določb Pogodbe.

77. Člena 43 ES in 45, prvi odstavek, ES dejansko tvorita zakonsko enoto, sestavljeno iz pravila (svoboda ustanavljanja) in izjeme (dejavnosti, povezane z izvajanjem javne oblasti), s čimer je opredeljeno njuno področje uporabe. Iz povezave med pravilom in izjemo izhaja norma, ki je odločilna za rešitev te zadeve. Tako nimamo opravka s pravilom (člen 43 ES), *od katerega obstaja izjema* (člen 45, prvi odstavek, ES), ampak z drugačnim pravilom, in sicer takim, ki opredeljuje področje uporabe svobode ustanavljanja za opravljanje dejavnosti, ki *niso* povezane z izvajanjem javne oblasti. Táko je področje uporabe te svobode, ki jo zagotavlja Pogodba, in tako je treba razumeti razlogovanje Komisije, da sta bila člena 43 ES in 45, prvi odstavek, ES kršena.

78. To je po drugi strani odločilna razlika, na podlagi katere sta odstavka, ki tvorita člen 45 ES, funkcionalno ločena. Kot smo videli, je v prvem odstavku neposredno in dokončno (*popolno*) – čeprav negativno – določeno področje uporabe svoboščine, s tem da so iz njega takoj izključene („se […] ne uporabljajo“) dejavnosti, povezane z izvajanjem javne oblasti. Z drugim odstavkom pa se preprosto odpre možnost, da se s sekundarnim pravom določijo dodatne omejitve glede področja uporabe svoboščine, ki je s Pogodbo določeno tako, kot izhaja iz člena 43 ES v povezavi s členom 45, prvi odstavek, ES. Ta splošna možnost natančnega izvzetja nekaterih dejavnosti iz področja uporabe svoboščine – čeprav doslej še ni bila uporabljena – je v obravnavanih tožbah zaradi neizpolnitve obveznosti povsem neupoštevna.

Vendar nasprotje med njo in določbo iz prvega odstavka omogoča razumevanje in razlago funkcije in obsega te določbe.

79. Zato je treba poudariti, da s členom 43 ES ni vzpostavljena svoboščina – in sicer svoboda ustanavljanja – katere izjema je *nato* določena v členu 45, prvi odstavek, ES. Z drugimi besedami, ne gre za izjemo glede uporabe nekega pravila, ampak za izjemo, ki pomeni pravilo, s katerim je v Pogodbi določeno področje uporabe svoboščine. Obveznost držav članic je torej, da zagotovijo svobodo ustanavljanja v zvezi z gospodarskimi dejavnostmi, ki niso povezane, pa čeprav občasno, z izvajanjem javne oblasti. Na obseg člena 43 ES, kakor je opredeljen s členom 45, prvi odstavek, ES, se bom v nadaljevanju skliceval kot na „negativno področje uporabe svobode ustanavljanja".

b) Težavnost razlage smisla člena 45, prvi odstavek, ES

80. Druga splošna uvodna opomba je vsebinska. Od samega začetka je namreč jasno, da se določba iz člena 45, prvi odstavek, ES o gospodarskih „dejavnostih, ki so […] povezane […] z izvajanjem javne oblasti" nanaša na *tujek* v fenomenologiji sodobne javne oblasti. Ločitev javnega in zasebnega oziroma državnega in družbenega načeloma pomeni, da med dejavnostmi, povezanimi z izvajanjem javne oblasti, ni več takih, ki bi se opravljale zunaj treh oblasti, glede katerih se šteje, da se v njihovem okviru izvaja javna oblast. Privatizirana (ali nenacionalizirana) gospodarska dejavnost, ki pa ima naravo izvajanja javne oblasti, je tako nekaj razmeroma *nepričakovanega* v ustroju Pogodbe. Vendar lahko prav to zasledimo tako zdaj, v členu 51 PDEU, ki je bil prej člen 45 ES, kot v prvi izdaji Pogodbe EGS iz leta 1957. Enako določbo lahko poleg tega najdemo tudi v členih 23 in 27 Sporazuma o ustanovitvi Evropskega združenja za prosto trgovino.

81. Samoumevna se zdi domneva, da stalna prisotnost navedene določbe med razvojem primarnega prava ustreza nekemu namenu in je izraz neke temeljne ideje.[54] Edina logična razlaga za to pa je, da so države, kot avtorice Pogodb in morda na podlagi lastnih

54 – Glej Tomuschat, C., „Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt", v: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 27 (1967), str. 53 in naslednje.

pravnih kultur in tradicij, upoštevale dejstvo, da so bile v vsaj precejšnjem številu teh držav v pravni sistem vključene neke dejavnosti, povezane z izvajanjem javne oblasti, ki pa jih niso prevzeli javni organi, ampak se, nasprotno, opravljajo kot gospodarske dejavnosti ali kot dejavnosti, ki jih opravljajo gospodarski subjekti. Razlogovanje, ki bi vodilo do sklepa, da med obstoječimi dejavnostmi *ne bi pomislili* na nobeno, ki bi lahko ustrezala taki opredelitvi, pa bi pomenilo, da je utemeljenost take razlage najbrž vprašljiva.

82. Drugo pa je, ali lahko trdimo, da je člen 45, prvi odstavek, ES zasnovan kot pooblastilo državam članicam za izvajanje neomejene ali splošne privatizacije javne oblasti (neke vrste *devolution*), s katero bi ta dobila pomen „gospodarske dejavnosti“. Zdi se mi, da ne gre za to. Nasprotno, člen 45, prvi odstavek, ES je treba razumeti zlasti kot določbo *s preteklostjo* in manj kot določbo s prihodnostjo. Verjetno je ustreznejše razumevanje člena 45, prvi odstavek, ES tako, da je zakonodajalec Pogodbe iz svobode ustanavljanja želel izključiti vsako gospodarsko dejavnost, katere predmet je izjemoma še vedno povezan z državno politično oblastjo. V skladu s Pogodbo imajo države članice seveda polno svobodo, da ohranijo ali odpravijo to vrsto gospodarskih dejavnosti. V obsegu, v katerem pa jih države članice ohranijo, so na podlagi pogodbe neposredno izključene iz svobode ustanavljanja. V tem smislu bi lahko tvegali primerjavo z neobvezno klavzulo *standstill*.

c) Vključitev načela sorazmernosti

83. Med tem postopkom so države članice zatrjevale, da glede uporabe členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES preizkus sorazmernosti ni dopusten. S to trditvijo tožene stranke in intervenientke zagovarjajo, da ob izpolnitvi pogojev iz člena 45, prvi odstavek, ES ni treba opraviti nikakršne presoje, s katero bi bila omogočena postopna uporabe norme. Prav postopnost je funkcija načela sorazmernosti, kadar ga je treba uporabiti pri izjemah od svoboščin, saj je orodje, ki se uporablja za določitev, do katere stopnje je omejitev neke svoboščine nujna za zagotovitev varnosti,

javnega zdravja in javnega reda.[55] Tožene države članice iz tega postopka soglasno trdijo, da v zvezi s členom 45, prvi odstavek, ES ni dopusten preizkus ob upoštevanju načela sorazmernosti, ampak gre za binarno določbo: ali se uporabi ali se ne uporabi, pri tem pa razlagalec nima nikakršne možnosti presoje.

84. Vsakič ko je to Sodišče razlagalo člen 45, prvi odstavek, ES, je bila presoja omejena na razjasnitev vprašanja, ali je dejavnost neposredno in dejansko povezana z izvajanjem javne oblasti. Vendar – in kot bo razvidno v nadaljevanju – je prav tako treba poudariti, da Sodišču doslej nikoli ni bilo treba preseči prve stopnje preučitve uporabe člena 45, prvi odstavek, ES, saj se je vedno že ob uvodni preučitvi pojmov lahko omejilo na ugotovitev, da zadevna dejavnost ni povezana z izvajanjem javne oblasti. Z drugimi besedami, primere, v katerih je Sodišče moralo opraviti razlago člena 45, prvi odstavek, ES, je bilo mogoče rešiti brez potrebe po podrobni pojmovni razčlenitvi kategorije „javna oblast“.[56] Nasprotno pa mora ob morebitnem pritrdilnem odgovoru Sodišče poglobiti razlogovanje. V tem primeru bi bilo bistvo razlage presoja, ali je ob upoštevanju stopnje povezanosti z izvajanjem javne oblasti, ki izhaja iz dejavnosti, sporen nacionalni ukrep nujen za dosego ciljev členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

85. Zato je treba ugotoviti, da je v zvezi s členoma 43 ES in 45, prvi odstavek, ES preizkus sorazmernosti dopusten.

86. V okviru navedenih določb se preizkus sorazmernosti – če bo potreben – opravi z izvedbo podobnega preizkusa, ki ga je v sodni praksi uporabilo Sodišče[57] in pri katerem se upoštevata (1) pomen sprejetega ukrepa in (2) stopnja povezanosti sporne dejavnosti z izvajanjem javne oblasti. Kolikor bolj je ta povezanost neposredna ali očitna, toliko širši je obseg ukrepov, zajet s členom 45, prvi odstavek, ES. Kolikor manj neposredna je, toliko manj ukrepov je mogoče upravičiti na podlagi tega člena v smislu njihove številčnosti in intenzivnosti.

55 – Člen 46, prvi odstavek, ES. To določbo je Sodišče – kot je razvidno iz obširne sodne prakse – razlagalo tako, da je preizkus sorazmernosti uporabilo glede na posamezen primer. Med novejšimi sodbami glej sodbi z dne 12. septembra 2006 v zadevi Cadbury Schweppes in Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, ZOdl., str. I-7995, točka 61 in naslednje) in z dne 3. oktobra 2006 v zadevi Fidium Finanz (C-452/04, ZOdl., str. I-9521, točka 46). O načelu in njegovi vlogi kot merilu za presojo v okviru svoboščin glej Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2. izdaja, Oxford University Press, Oxford 2006, str. 193 in naslednje, in Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano 1998, str. 103 in naslednje.

56 – Glej med drugimi Henssler, M. in M. Filian, „Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG“, v: *Europarecht*, 2005, str. 192 in naslednje.

57 – Glej sodno prakso, navedeno v opombi 55.

2. Dejavnost, povezana z izvajanjem javne oblasti

a) Sodna praksa Sodišča

87. Pri preučitvi dosedanje sodne prakse v zvezi s členoma 43 ES in 45, prvi odstavek, ES je treba najprej opozoriti na doslednost, s katero je Sodišče poudarjalo nujnost stroge razlage. Že leta 1974, v zadevi Reyners[58], je postalo očitno, da bo sodna praksa določbo omejila na zelo ozko področje. Dokaz za tak pristop je okoliščina, da Sodišče po več kot pol stoletja sodne prakse in približno petnajstih sodbah še ni ugotovilo, da je neka dejavnost zajeta v členih 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

88. Drugič, v sodni praksi je bilo pojasnjeno, da „dejavnost“ ni sopomenka za „poklic“. Zato okoliščina, da je dejavnost povezana z izvajanjem javne oblasti, *sama po sebi* ne pomeni, da se člena 43 ES in 45, prvi odstavek, ES uporabljata za vse preostale dejavnosti, ki jih opravlja zadevni subjekt. Sledeč temu razlogovanju je Sodišče potrdilo, da se obseg in področje uporabe členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES lahko nanašata na celoten poklic le v primerih, v katerih so dejavnosti javne oblasti neločljive od preostalih. Kot je Sodišče ugotovilo v sodbi v zadevi Reyners, pa se odločitev ne more nanašati na celoten poklic, „če je v okviru neodvisnega poklica dejavnosti, ki so morebiti povezane z izvajanjem javne oblasti, mogoče ločiti od celotne poklicne dejavnosti, ki je predmet obravnave“.[59]

89. Tretjič, Sodišče je v zadevi Reyners pojasnilo, da je obseg členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES „omejen na dejavnosti, ki so same po sebi neposredno in [svojevrstno] povezane z izvajanjem javne oblasti“[60], pri čemer pa države članice v zvezi s tem ne morejo sprejeti enostranskih določb o razširitvi ali omejitvi njihovega obsega.[61]

90. Nazadnje, četrti in zadnji dejavnik iz sodne prakse Sodišča, ki ga je vredno izpostaviti, je nujnost analize posebnih funkcij, ki se opravljajo pri vsaki dejavnosti; ta presoja je tesno povezana z dejanskimi okoliščinami

58 – Sodba z dne 21. junija 1974 v zadevi Reyners (2/74, Recueil, str. 631).

59 – Zgoraj navedena sodba, točka 47.

60 – Zgoraj navedena sodba, točka 45.

61 – Sodba z dne 15. marca 1988 v zadevi Komisija proti Grčiji (147/86, Recueil, str. 1637, točka 8).

vsakega primera, zaradi česar mora Sodišče poglobljeno preučiti vprašanja nacionalnega prava, odgovor na njih pa ni vedno preprost. Tako je že od sodbe Reyners jasno, da je značilnosti, ki morajo biti podane za uporabo člena 45, prvi odstavek, ES, treba „presojati ločeno za vsako posamezno državo članico, ob upoštevanju nacionalnih določb, ki se uporabljajo za organizacijo in opravljanje tega poklica.“[62] Zaradi te specifike je sodna praksa kazuistična, precej neizrazita in tesno povezana s posebnostmi vsake dejavnosti. In sicer do te mere, da doslej ni bila sprejeta niti ena sodba, v kateri bi Sodišče pojasnilo pomen izrazov „neposredno“, „svojevrstno“ ali „javna oblast“.

91. Glede praktičnih izsledkov te sodne prakse je treba omeniti – kot je bilo že ugotovljeno – da Sodišče v sodbah, ki jih je doslej izdalo, še ni ugotovilo, da je neka dejavnost neposredno in svojevrstno povezana z izvajanjem javne oblasti.[63] Poklic odvetnika[64], učitelja ali vodenje zasebnih izobraževalnih ustanov[65], upravljanje informacijskih sistemov za javno upravo[66], zavarovalniški aktuar[67], tehnični pregledi vozil[68], prirejanje stav in loterij[69], zasebno varovanje[70], javna reševalna služba[71] ali organi za nadzor nad izdelki ekološke pridelave[72] – Sodišče je preučilo vse te dejavnosti in v vseh primerih ugotovilo, da niso povezane z izvajanjem javne oblasti v smislu člena 45, prvi odstavek, ES[73].

62 – Zgoraj navedena sodba, točka 49.

63 – Zvezna republika Nemčija meni, da je Sodišče v sodbi z dne 5. oktobra 1994 v zadevi Van Schaik (C-55/93, Recueil, str. I-4837) ugotovilo, da je neka gospodarska dejavnost povezana z izvajanjem javne oblasti. V tej sodbi, natančneje v točki 16, je presodilo, da to, da država članica za preglede pooblasti servise s sedeži v drugih državah članicah, predpostavlja razširitev pravice do izvajanja javne oblasti zunaj nacionalnega ozemlja. Sodišče je ugotovilo, da je bila z izvajanjem javne oblasti povezana zmožnost dodelitve pooblastila, in ne gospodarska dejavnost, za katero je bilo pooblastilo dano.

64 – Zgoraj navedena sodba Reyners.

65 – Zgoraj navedena sodba Komisija proti Grčiji.

66 – Sodba z dne 5. decembra 1989 v zadevi Komisija proti Italiji (C-3/88, Recueil, str. 4035).

67 – Sodba z dne 13. julija 1993 v zadevi Thijssen (C-42/92, Recueil, str. I-4047).

68 – Sodba z dne 22. oktobra 2009 v zadevi Komisija proti Portugalski (C-438/08, ZOdl., str. I-10219.) in zgoraj navedena sodba Van Schaik.

69 – Sodba z dne 26. aprila 1994 v zadevi Komisija proti Italiji (C-272/91, Recueil, str. I-1409).

70 – Sodbe z dne 29. oktobra 1998 v zadevi Komisija proti Španiji (C-114/97, Recueil, str. I-6717); z dne 9. marca 2000 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-355/98, Recueil, str. I-1221); z dne 31. maja 2001 v zadevi Komisija proti Italiji (C-283/99, Recueil, str. I-4363) in z dne 13. decembra 2007 v zadevi Komisija proti Italiji (C-465/05, ZOdl., str. I-11091).

71 – Sodba z dne 29. aprila 2010 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-160/08, ZOdl., str. I-3713).

72 – Sodbi z dne 29. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Nemčiji (C-404/05, ZOdl., str. I-10239) in z dne 29. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Avstriji (C-393/05, ZOdl., str. I-10195).

73 – To ne pomeni, da je Sodišče molčalo glede morebitnih dejavnosti, ki bi lahko spadale na področje uporabe člena 45, prvi odstavek, ES – kot v zgoraj navedeni zadevi Van Schaik – ali celo na področje uporabe člena 39(4) ES o prostem gibanju delavcev, v zvezi s katerim se pojavljajo – kot *obiter dicta* – namigi o dejavnostih, ki bi bile hipotetično lahko povezane z izvajanjem javne oblasti, kot je to pri policiji in osebah, ki so pooblaščene za overjanje, iz sodbe z dne 30. septembra 2003 v zadevi Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Recueil, str. I-10391).

b) Nujnost poglobljene preučitve pojma javne oblasti

92. Kot je bilo pokazano, iz dosedanje sodne prakse izhaja le malo dejavnikov, na podlagi katerih bi lahko sklepali o naravi ali lastnostih „javne oblasti“ iz določbe, ki jo obravnavamo. Pri opredelitvi javne oblasti v smislu člena 45, prvi odstavek, ES[74] se ni mogoče izogniti določenemu *predrazumevanju* pojma javne oblasti kot splošne kategorije teorije države, v okviru katere je pojmovno nujno zajeta tudi Unija kot skupnost držav[75].

93. V tem smislu je „javna oblast“ tako predvsem „oblast“, to je zmožnost zavezati k ravnanju, skladnemu z voljo, ki se ji ni mogoče upreti. V skladu z molče sprejetim razumevanjem in v njegovem najširšem pomenu ima to zmožnost izključno država, to je institucija, ki pooseblja pravni red kot orodje upravljanja in organizacije legitimne moči[76]. Javna oblast je tako oblast suverena, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. To pomeni, da v državi ni druge legitimne moči, kot ta, ki jo izvaja javna oblast. To je tako bodisi v dobro obstoja države in doseganja njenih ciljev (splošni interes) bodisi v interesu legitimnih pričakovanj v zvezi z ravnanji, ki jih imajo posamezniki v razmerju do drugih (zasebni interes). V tem primeru se javna oblast vedno izvaja ob upoštevanju prej določenih pogojev.[77]

95. Gotovo je, da je namen moči, ki jo monopolizira in izvaja država, prvo merilo za določitev meje med javno oblastjo in posamezniki. Javna oblast mora namreč zagotoviti uresničitev splošnih ciljev, ki so temelj legitimnosti konkretne oblike države, ki jo privzame politična oblast (v Evropi je to praviloma socialna in demokratična pravna država).

74 – Poleg tega se v različicah opredelitve brez razločevanja uporabljata dva pojma, ki bi teoretično lahko imela različne konotacije, in sicer „javna avtoriteta“ in „javna oblast“. „Javna avtoriteta“ se na primer uporablja v francoski („l'exercice de l'autorité publique“), angleški („the exercise of official authority“), portugalski („exercício da autoridade pública“), romunski („exercitării autorității publice“) in malteški različici („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika“), medtem ko ima uporaba izraza „javna oblast“ prednost v španski („ejercicio del poder público“), nemški („Ausübung öffentlicher Gewalt“), italijanski („esercizio dei pubblici poteri“) in švedski različici („utövandet av offentlig makt“).

75 – Ne glede na to, da ima za opredelitev pojma odločilen pomen pravo Unije, je logično, da Sodišče kot najvišji razlagalec tega prava svojo opredelitev oblikuje tako, da kot izhodišče uporablja različne nacionalne približke spornega pojma. Glej med drugim Schlag, M., „Art. 45“, v: *EUKommentar* (ur. J. Schwarze), 2. izdaja, Nomos, Baden-Baden 2009.

76 – Glej – med sicer obsežno literaturo – Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino 1962.

77 – Tu seveda ni upošteven primer moči, ki jo monopolizira druga država in ki ob spoštovanju vsakokratnega področja suverenosti, ki je razmejeno z mednarodnim pravom, soobstaja z močjo druge države.

Zasebni subjekti pa si lahko pri izvajanju avtonomije, ki jo imajo kot posamezniki, prizadevajo za zadovoljitev lastnih interesov. Za to lahko po potrebi in ob pogojih, ki so določeni v pravnem redu, uporabijo prisilo, ki jo upravlja javna oblast, ki je v tem smislu načeloma orodje za doseganje interesov, ki niso splošni.

96. Vendar je merilo, ki se tradicionalno najpogosteje uporablja za označitev javne oblasti, to, ki se nanaša na zmožnost javne oblasti, da enostransko uveljavi svojo voljo, torej ne da bi bilo potrebno soglasje zavezanca. Nasprotno pa lahko posameznik spoštovanje svoje volje s strani drugega posameznika doseže le z njegovim soglasjem.

97. Vendar stvari niso tako preproste, kadar je predmet obravnave – kot vedno v primeru Sodišča – demokratična država. V teh primerih je nekakšno soglasje namreč nazadnje vedno potrebno. Po drugi strani je treba zrelativizirati trditev, da se volja javne oblasti vedno uveljavlja brez možnosti ugovora. To pa zato, ker je z vidika pravne države, ki je prav tako temeljno načelo Unije, vsako ravnanje javne oblasti mogoče izpodbijati. Dejansko je iz tega vidika oblast suverena demokratične države prej *auctoritas* kot goli *imperium*.[78] Gre torej za nadvlado, ki se izvaja na podlagi volje subjektov, zavezanih k poslušnosti, in ki je utemeljena z legitimnostjo izvora volje nadvlade, in ne s samo grožnjo fizične prisile.[79]

98. S tega vidika to pomeni, da zadevni pojem ni absoluten, ampak relativen in zato stopnjevalen.[80] Čim večja je zmožnost zavezati k ravnanju, tem bolj ustreza lastnostim javne oblasti, pri čemer pa je možnost brezpogojne in neizpodbojne zaveze vedno izključena.

99. Iz teh razlogov določitev merila cilja (splošen interes/interes posameznika) ali merila načina naložitve obveznosti, ki jo zagotavlja prisila (enostransko/obojestransko), pomeni razlogovanje na trhlih temeljih. Pri tem namreč naletimo na izjemno nenatančne pojme, ki so kot taki odvisni od presoje

78 – Kot je dobro znano je suverenost taka lastnost, da čeprav je lastna državi, si je dejansko ne more prisvojiti nobeden izmed njenih organov, ki – tako kot država – temeljijo edino na ustavi: „Države je toliko, kolikor jo ustanavlja ustava“ oziroma „ es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert“ (Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 6. izdaja, Nomos, Baden-Baden 2009, str. 187, ki je uporabil zamisel R. Smend in A. Arndt). Kot menijo nekateri, v ustavni državi ni suverena, saj je suverenost lastnost *države* kot celote; Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg 1975.

79 – Legitimnost izvora, h kateri se prišteva ta, ki se priznava zaradi njenega izvajanja v skladu s postopkovno logiko. V tem smislu Luhmann, N., *„Legitimation durch Verfahren“*, Luchterhand, Neuwied, Berlin 1969.

80 – V tem smislu na primer že Tomuschat, C., že navedeno delo, str. 69.

spremenljivih vrednosti, zato jih ni mogoče opredeliti niti z najnižjo stopnjo objektivnosti. Seveda so to uporabna merila, če se obravnavajo neizpodbitni primeri izvajanja javne oblasti, kot je to v primeru dejavnosti, ki so bolj neposredno povezane z uveljavljanjem prerogativ suverenosti (vojska, organi prisile, sodišča, vlada). Ne zadostujejo pa za ustrezno opredelitev drugih javnih dejavnosti, ki so manj povezane z izvajanjem prisile, vendar se po lastnostih razlikujejo od zasebnih dejavnosti.

100. Če želimo ta premislek razviti, je treba nadaljevati s preučitvijo lastnosti sodobne države kot oblike izvajanja oblasti, ki je veliko bolj izpopolnjena kot prej znane oblike. Te so bile omejene na izvajanje fizične prisile z izjemno poenostavljenimi postopki za določanje pogojev njene uporabe. Da bi v današnjem času lahko upoštevali pojav javne oblasti v vsej njegovi kompleksnosti, je praktično neizogibna uporaba pojma javne oblasti, oblikovanega na podlagi logike pravnega reda, v okviru katerega se izvaja.

101. V tem smislu je pravni red proces organizacije izvajanja legitimne moči, s katerim je po potrebi mogoče zagotoviti njeno uporabo v konkretni zadevi. Glede na to lahko sprejmemo, da so akti, ki so v pravnem redu nazadnje sprejeti (to je ko se proces konča z aktom, s katerim se proces sklene tako, da postane dokončen), skrajni izraz pravnega reda[81].

102. Glede na to razlogovanje je odločilno merilo za uvrstitev akta med te, ki izhajajo iz javne oblasti, narava njegovega razmerja s pravnim redom države. Natančneje, merilo, na podlagi katerega se presodi, ali se lastnosti dejavnosti lahko štejejo za izraz sodelovanja pri izvajanju javne oblasti, je vključenost dejavnosti (stopnja njene *pripadnosti*) v ta pravni red. Merilo torej ne bo zgolj skladnost s tem redom, ampak to, ali je akt vključen v pravni red kot akt tega reda.[82]

81 – Glede koncepta pravnega reda kot zaporedja predpisov, ki jim je mogoče slediti nazaj do prvega pravila pozitivnega prava, ki je izraz oblasti suverena, glej zlasti Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2. izdaja, Deuticke, Dunaj 1960.

82 – Tako za preučitev, ali neka dejavnost pomeni izvajanje javne oblasti, te ni treba – kot je razvidno iz utemeljitev, preizkušenih v tem postopku – pripisati eni od treh državnih oblasti in/ali funkcij, to je zakonodajni, izvršilni in zlasti sodni.

103. S tega vidika je sodstvo mogoče šteti za najbolj značilen izraz javne oblasti. Njegove odločbe dejansko pomenijo dokončno uveljavitev prava in so v tem smislu spojene s pravnim redom.[83] Vendar lahko zato tudi trdimo, da je javna oblast ta, katere akti lahko dobijo tako naravo brez potrebe po *iurisdictio*. Najprej, zakon je izvršljiv sam po sebi, tako kot upravni predpis ali odredba organov prisile. Vedno gre za akte in predpise, ki se lahko spremenijo v sodnem postopku, vendar v vsakem primeru učinkujejo neposredno, ne da bi bilo za to potrebno *pooblastilo*.

104. Glede na to je očitno, da noben posameznik ne more ustvariti pravnih aktov, ki bi lahko zavezovali tretjo osebo, če tega ne stori ob posredovanju javne oblasti. Ker posameznik ne sme uporabiti prisile, za uveljavitev svoje pravice vedno potrebuje javno pooblastilo. Javna oblast se v takih primerih ne omeji na *preizkus* akta, ki ima lahko sam po sebi zavezujoč učinek za tretjo osebo, kot je to v primeru aktov uprave, vlade ali zakonodajne oblasti. Nasprotno, javna oblast v teh primerih vedno posreduje kot avtoriteta, ki *ustvarja* obveznost, ki jo želi posameznik uveljaviti v razmerju do tretje osebe. Gre torej za obveznosti, ki lahko nastanejo na podlagi soglasja volj (pogodba/načelo dispozitivnosti), pri čemer pa posamezniki lahko zahtevajo njihovo izpolnitev le ob posredovanju javne oblasti.

105. Zato je v okviru sklepa o zgornjih preudarkih treba ugotoviti – z določeno stopnjo abstraktnosti, ki je nujna glede na okoliščine primera – da je med lastnostmi, ki označujejo javno oblast v različnih nacionalnih tradicijah, treba upoštevati to, ki se nanaša na zmožnost pripisati akt, določbo ali ravnanje volji države, ki je formalizirana v okviru pravnega reda. To je dejansko najmanjši skupni imenovalec vseh tradicij, v katerih je možnost pripisati konkretno voljo splošni volji države odločilno merilo za določitev meje, ki javno sfero ločuje od zasebne.

106. Ti preudarki omogočajo zanesljivejšo obravnavo osrednjega vprašanja v zvezi z notarsko dejavnostjo.

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

3. Ali notarska dejavnost in, konkretno, dejavnost overjanja, spadata na negativno področje uporabe svobode ustanavljanja

107. Kljub vsemu je treba na nekaj opozoriti. Na vprašanje, ali notarska dejavnost spada na to – kot smo poimenovali – „negativno področje" svobode ustanavljanja, ne le da ni bilo odgovorjeno v sodni praksi Sodišča, kar ni več treba poudarjati, ampak je bilo to vprašanje predmet intenzivne in obsežne razprave, ki je doživela močan odmev v pisnih stališčih in dolgi obravnavi, ki je bila 27. aprila letos. V sodni praksi je gotovo nekaj zapisov, ki bi jih lahko navedli v podporo pritrdilnemu odgovoru.[84] Vendar pa prav tako ni mogoče trditi, da je Sodišče imelo priložnost, da to vprašanje preuči s potrebno natančnostjo.

108. Da je bila razprava intenzivna in obsežna, je jasno tudi iz mnenj, ki jih je v drugem obdobju izrazil Evropski parlament.[85] Enako lahko rečemo – ne glede na njeno večjo ali manjšo dvoumnost – tudi glede že navedene uvodne izjave 41 Direktive 2005/36, h kateri se bomo vrnil spodaj. Vsekakor pa je jasno, da nobeno od teh stališč ne more nadomestiti odločanja Sodišča ali ga razbremeniti naloge, da dokončno odloči o razlagi pogodb.

a) Overjanje kot osrednja dejavnost notarjev v toženih državah članicah

109. Kakor koli že, najprej je treba spomniti, da tako države članice kot Komisija priznavajo, da je bistvo notarske dejavnosti v pristojnosti overjanja in učinkih, ki iz tega izhajajo: izvršljivost in dokazna moč. Nekatere države, kot na primer Belgija in Avstrija, so navedle še nekatere postranske funkcije, ki jih v njihovih pravnih sistemih opravlja notar in ki

84 – V že navedeni sodbi Colegio de Oficiales de la Marina Mercante je Sodišče v primeru, ki se je sicer nanašal na člen 39(4) ES, potrdilo, da „imajo v skladu s španskim pravom [kapitani in častniki] pristojnosti s področja notariata in ugotavljanja civilnopravnega položaja, ki jih ni mogoče razložiti zgolj z zahtevami vodenja ladje. Take funkcije pomenijo udeležbo pri izvajanju pooblastil javne oblasti na področju varovanja splošnih interesov države zastave" (točka 42).

85 – Glej resoluciji Evropskega parlamenta z dne 18. januarja 1994 in 23. marca 2006, v katerih je navedeno, da je notarski poklic neposredno in dejansko povezan z izvajanjem javne oblasti. V resoluciji iz leta 2006 je izrecno navedeno, da Parlament „meni, da mora člen 45 Pogodbe v celoti veljati za poklic notarja na področju civilnega prava kot takšnega", in sicer zato, „ker je delni prenos državne oblasti izviren element, ki spada k opravljanju poklica notarja na področju civilnega prava, vendar se dejansko izvaja redno in je pomemben del dejavnosti notariata s področja civilnega prava".

ustrezajo elementom javne oblasti. Vendar se vse stranke, skupaj s Komisijo, strinjajo, da je overjanje in učinki, ki jih ima, dejavnost, ki bistveno opredeljuje poklic in brez katere ta ne bi imel smisla.

110. Poleg tega je bilo šest tožb zaradi neizpolnitve obveznosti za namene teh sklepnih predlogov mogoče združiti v bistvu prav zaradi tega, ker je mogoče o „notarski dejavnosti“ razpravljati v smislu, upoštevnem za vse zadevne primere. V zvezi s šestimi državami članicami torej lahko trdimo, da je osrednja dejavnost „overjanje“, ki ima učinke, ki so povečini enaki v vseh zadevnih pravnih sistemih. Seveda lahko države članice v okviru svoje suverenosti ta položaj spremenijo, bodisi s tem, da država prek lastne uprave neposredno prevzame opravljanje teh funkcij, bodisi s tem, da posledice notarjeve overitve v zvezi z „javnimi“ dokumenti bistveno oslabi. Primer prve možnosti je Portugalska do začetka procesa reforme notarskega poklica ali zvezna dežela BadenWürttemberg; za ponazoritev druge možnosti bi hipotetično prav tako lahko navedli primer Portugalske glede na obseg procesa reform, izpeljanega v zadnjem desetletju.[86] Na kratko rečeno, odgovor na vprašanje iz teh tožb je treba oblikovati na podlagi opredelitev nekaterih poklicnih dejavnosti, kot so urejene v zadevnih državah članicah. Sprememba te ureditve seveda lahko vpliva na odgovor Sodišča.

111. V zvezi s tem je prav tako treba poudariti – v skladu s sodbo Reyners in kot je bilo pojasnjeno zgoraj – da lahko to, kar imenujem negativno področje uporabe svobode ustanavljanja, uporabimo za celoten poklic le, kadar „dejavnosti, ki so morebiti povezane z izvajanjem javne oblasti, [ni] mogoče ločiti od celotne poklicne dejavnosti“.[87] Zato se je treba strinjati z državami članicami in Komisijo, da so overjanje in njegovi učinki neločljiv del celotne notarske dejavnosti. Če se torej ugotovi, da ta dejavnost pomeni neposredno in svojevrstno povezanost z javno oblastjo,

86 – Glede portugalskega notariata glej moje sklepne predloge v zadevi Komisija proti Portugalski (C52/08), predstavljene na isti dan kot ti sklepni predlogi.

87 – Zgoraj navedena sodba, točka 47.

potem bi bila notarska dejavnost v smislu poklica kot celote vključena v primer iz člena 45, prvi odstavek, ES.

112. V šestih toženih državah članicah je naloga notarja zlasti sestavljanje verodostojnih aktov, ki imajo dve bistveni lastnosti: polno dokazno moč in izvršljivost.[88] V opisu, ki je dovolj širok, da velja za vse zadevne države članice, in ob upoštevanju opisa iz začetka teh sklepnih predlogov, lahko ugotovimo, da notar overitev opravi na predlog stranke in pri tem opravi preizkus zakonitosti akta, ki ga overja. Notarjevo posredovanje je glede na namen akta, ki ga je treba overiti, lahko obvezno ali neobvezno, z njim pa se potrdi, da so izpolnjeni vsi pogoji, ki jih zakon zahteva za izvedbo akta, in da so stranke pravno in poslovno sposobne.[89]

113. Notarsko overjeni akti imajo polno dokazno moč, ki je enaka dokazni moči aktov, ki jih izdajo javni uradniki, in ki jo je mogoče prerekati le pred sodišči. Z drugimi besedami, spremembo presoje, ki jo opravi notar, je mogoče doseči s pritožbo, vendar le v postopku z izrednim pravnim sredstvom.[90]

114. Dalje, overjeni akt je izvršljiv na ozemlju celotne države. Za izvršbo notarskega akta zato ni potrebno soglasje dolžnika (ki ga je treba o tem obvestiti), zato javni organ neposredno pristopi k izvršitvi. Če dolžnik izvršbi nasprotuje, lahko pred sodiščem sproži vmesni postopek zoper izvršbo.[91]

b) Dejavnost overjanja kot izvajanje javne oblasti

115. Odgovor na navsezadnje bistveno vprašanje iz obravnavanih tožb zaradi neizpolnitve obveznosti skoraj samodejno izhaja iz zgoraj navedenih preudarkov o merilih za opredelitev javne oblasti. Če je eden od najbolj značilnih dejavnikov sodobne države dejansko njena povezava s pravnim redom, potem bi to, da lahko neka dejavnost vpliva na ustroj pravnega reda, lahko odločilno prispevalo k oblikovanju odgovora.

116. Naj spomnim na nekatere od teh preudarkov: sodne odločbe so odločilen izraz volje države, ki pa je lahko predhodno izražena

88 – Glej točke 13, 20, 27, 34, 42 in 49 teh sklepnih predlogov.

89 – Glej točke 14, 21, 28, 35, 36, 43 in 50 teh sklepnih predlogov.

90 – Glej točke 15, 22, 29, 37, 44 in 51 teh sklepnih predlogov.

91 – Glej točke 16, 23, 30, 38, 45 in 52 teh sklepnih predlogov.

z akti, ki so glede na subjekt, ki jih izda, bolj ali manj neposredno izvršljivi. Iz teh preudarkov je prav tako razvidno, da je bila stopnja neposrednosti izvršljivosti najzanesljivejše merilo za označitev javne oblasti. Seveda je zahtevke za izvršitev vedno mogoče izpodbijati pred sodišči, vendar pa so v takem primeru zopet sodišča ta, ki o tem dokončno odločijo. Ta spravna funkcija sodišč lahko pride do izraza ob reševanju konkretnega spora, in sicer zlasti v primeru nasprotujočih si zasebnih zahtevkov (navadno gre za zahtevke, ki jih posamezniki uveljavljajo nasproti drugim, njim enakim, v civilnopravnih razmerjih).

117. Torej se v neki nacionalni ureditvi lahko odloči tudi – in to je za namene te zadeve posebej pomembno – predvideti spor (in ga s tem preprečiti). To pa se lahko doseže le tako, da se kot javni (s potrjeno pravno veljavo in inherentno izvršljivostjo) opredelijo nekateri akti in ukrepi posameznikov, ki sami po sebi sicer ne bi imeli večje vrednosti, kot jo imajo zasebna ravnanja. Javna oblast z javnim posredovanjem v akte zasebnikov tem podeli varnost in gotovost ter tako pomirja pravni promet. Ne glede na to pa je jasno, da posredovanja sodstva ni mogoče izključiti, če nazadnje kljub temu pride do spora[92]. Ta funkcija pričakovanega umirjanja, tipična za notarsko dejavnost, je bila – sicer ne povsem ustrezno, vendar z očitnim sporočilom – zato označena kot „preventivno pravosodje“.

118. Z drugimi besedami – v pojmovnem kontekstu iz točk od 92 do 105 teh sklepnih predlogov – notarji z overjanjem neposredno in svojevrstno opravljajo dejavnost javnega značaja v smislu, da posameznikom vnaprej da pooblastilo za izvajanje njihove pravice, ki bi ga ti sicer morali zahtevati za vsak primer posebej. Zaradi notarjevega posredovanja ni treba zahtevati posredovanja druge javne oblasti, kadar se želi uveljaviti dejstvo, ki ga je z overitvijo potrdil notar, overjeni akt pa pridobi večjo pravno veljavo, in sicer javno, ki jo je mogoče prerekati le pred sodiščem (kar je sicer mogoče v zvezi s katerim koli aktom javne oblasti). Jasno je, da odločilna lastnost javne oblasti ni izvzetost iz sodnega nadzora, kar v pravni državi sicer ni mogoče, ampak

92 – V zvezi s tem glej Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministrstvo za pravosodje, Madrid 1989.

okrepljena domneva zakonitosti njenih aktov in s tem določena stopnja zahtevnosti pogojev za nadzor nad njimi.

119. Očitno je, da notar ne uporablja prisile in enostransko ne nalaga obveznosti. Vendar, kot smo videli, to ni edino odločilno merilo za ugotovitev, da gre za javno oblast. Z overitvijo dobijo akti posameznikov javen značaj v smislu, da z njo vnaprej dobijo pravno veljavo, katere potrditev bi posameznik – da bi jim zagotovil pravni učinek – brez overitve moral zahtevati od (druge) javne oblasti. Gre torej, če se lahko tako reče, za javno oblast, dejavno na področju, ki je blizu zasebni sferi in s tem v bistvu sferi avtonomije volje. Vendar pa je njena javna razsežnost nedvomna, če upoštevamo njeno zmožnost, da to, kar je zgolj zasebno, spremeni v javno, in mu tako da moč, ki je lastna javni oblasti.[93]

120. Nekaj drugega pa je, da za izvajanje notarske dejavnosti – ker je njena povezava z izvajanjem javne oblasti v ožjem smislu (glede na povezavo s pristojnostmi suverena) šibkejša – veljajo manj strogi pogoji od teh, ki veljajo za organe, katerih dejavnosti so bolj neposredno povezane z izrazom suverenosti.

121. Zato in v obsegu, v katerem overjanje ustreza tej funkciji, menim, da gre za dejavnost, ki je neposredno in svojevrstno povezana z izvajanjem javne oblasti, ker se z njo aktom, predpisom in ravnanjem, ki bi sicer imeli le toliko pravne veljave, kot jo ima izraz zasebne volje, podeli poseben status. Če v zvezi s to ugotovitvijo uporabimo sodno prakso iz zadeve Reyners in glede na to, da je overjanje neločljivo bistvo notarjeve funkcije, je treba ugotoviti, da je notarski poklic, na splošno in kot celota, neposredno in svojevrstno povezan z izvajanjem javne oblasti.

122. Vendar menim, da ta ugotovitev sama po sebi ne zadostuje za presojo prvega tožbenega razloga iz obravnavanih tožb zaradi neizpolnitve obveznosti.

93 – V tem smislu lahko nekatere simbolične posebnosti, na katere so opozorile nekatere države članice, navedemo v podporo tezi, ki jo zagovarjam. Taka posebnost je denimo dejstvo, da v nekaterih državah članicah notarji prejmejo v hrambo in uporabljajo državni pečat. V nekaterih primerih je javna funkcija enako izražena v izvršitveni klavzuli, na primer v Franciji: „En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis."

4. Pogoj državljanstva glede na načelo sorazmernosti

123. Doslej smo opravili analizo funkcionalnega vidika notarskega poklica v toženih državah članicah. Vendar je Komisija svojo zahtevo za ugotovitev neizpolnitve obveznosti osredotočila na konkretno točko statusa notarjev, namreč na pogoj državljanstva. Na tem mestu je torej treba razjasniti, ali vključitev notarskega poklica v „negativno področje uporabe“ svobode ustanavljanja nujno pomeni – ali tudi ne – da je ta pogoj zakonit. To z drugimi besedami pomeni, kot sem že napovedal, da je treba opraviti preizkus sorazmernosti med, na eni strani, diskriminacijo na podlagi državljanstva in, na drugi strani, stopnjo povezanosti notarske dejavnosti z izvajanjem javne oblasti.

a) Status notarja

124. Status nedvomno ustreza funkciji in potrjuje opredelitev, podano v zvezi s funkcijo. Notar je tako javni uradnik, ki predstavlja državo, čeprav se dejavnost šteje za svobodni poklic. Njegovo imenovanje je trajno, zanj pa velja disciplinska ureditev, ki se uporablja za tiste, ki delajo za javno oblast.[94]

125. Uradniška narava vezi med notarjem in državo posebej izraža povezavo z javno oblastjo. Gre namreč za vez, ki nastane ob začetku dejavnosti, to je ob določitvi pogojev za dostop do poklica, ki so podobni tem, ki veljajo za uradnike, in med katerimi je tudi zahteva prisege. Status je torej izraz institucionalne narave vezi med notarjem in državo in notarju tako omogoča formalizacijo državne volje, s tem da posreduje pri zasebnopravnih aktih.

126. Zaradi te povezave so tožene države članice v svojih ureditvah za opravljanja notarskega poklica določile zahtevo državljanstva zadevne države. Ta zahteva, ki pomeni neposredno diskriminacijo na podlagi državljanstva in je očitno del osebnega statusa tistih, ki opravljajo notarski poklic, je po mnenju Komisije dejavnik, ki je v nasprotju s členoma 43 ES in 45, prvi odstavek, ES in glede katerega je treba, kot bo razvidno v nadaljevanju, opraviti preizkus sorazmernosti.

94 – Glej točke 18, 25, 32, 40, 47 in 54 teh sklepnih predlogov.

b) Diskriminacija na podlagi državljanstva ob upoštevanju členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES

127. Kot je bilo pokazano v točkah od 83 do 86 teh sklepnih predlogov, je ob uporabi členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES treba ne le presoditi, ali je neka dejavnost povezana z izvajanjem javne oblasti, ampak tudi preučiti, ali je ob upoštevanju načela sorazmernosti sporen državni ukrep upravičen glede na cilje, ki jim sledita navedena člena.

128. Prvič, poudariti je treba, da kljub – kot je bilo mogoče zaslediti – bolj „spontani“ razlagi člena 45, prvi odstavek, ES in čeprav bi iz sodne prakse morda lahko izhajalo nasprotno stališče[95], v tem členu ni nikakršnega sklicevanja na diskriminacijo na podlagi državljanstva. Zato je povezavo, ki se tradicionalno vzpostavlja med členom 45, prvi odstavek, ES in pogojem državljanstva, treba presojati previdno, saj gre za odnos, ki izhaja iz zadev, ki jih je doslej rešilo Sodišče, ni pa rezultat *nujne* povezave med njima.[96] Poudariti je treba, da čeprav je člen 45, prvi odstavek, ES ena od določb, ki je ostala nespremenjena od svoje izvirne različice, pa se je Pogodba temeljito spremenila. Če je bilo prvotno razumevanje člena 45, prvi odstavek, ES morda povezano z državljanstvom, se na podlagi sprememb, ki so jih bile deležne ustanovitvene pogodbe v zadnjih dvajsetih letih, ne more še tako previdno sklepati, da zadevna določba nujno predpostavlja, da lahko države članice nepremišljeno diskriminirajo na podlagi državljanstva.

129. Drugič, ni treba poudarjati, da neposredna diskriminacija na podlagi državljanstva ni le eden izmed ukrepov, katerega posledice so omejene zgolj na oviranje svobode gibanja. Nasprotno, ta oblika diskriminacije ima v okviru prava Unije posebno razsežnost, saj pomeni najočitnejši izraz nacionalnega protekcionizma.[97] V Uniji, ki se postavlja

95 – Glej sodno prakso, navedeno v opombah od 64 do 73.

96 – Dokaz za to je – sicer neuspešno – sklicevanje na člen 45, prvi odstavek, ES za utemeljevanje zahtev po stalnem prebivališču ali sedežu, kot na primer v zgoraj navedenih sodbah Komisija proti Nemčiji in Komisija proti Avstriji.

97 – Glej na splošno Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Kluwer, Hag 2003, in Rossi, M., „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV“, v: *Europarecht*, 2000, str. 197 in naslednje.

z vzpostavitvijo trga brez notranjih meja, pomeni neposredna diskriminacija na podlagi državljanstva zanikanje same ideje združevanja. Izjemnost tega preseneti toliko bolj, če spomnimo, da je Unija v svoj pravni red privzela temeljne pravice, zlasti načelo enakosti v smislu členov 20 in 21 Listine o temeljnih pravicah.[98] V Uniji prava, v kateri se zagotavlja spoštovanje temeljnih pravic, je treba podvomiti o razlagi, iz katere izhaja oblika diskriminacije, ki je ne le resna že sama po sebi, ampak poleg tega spodkopava tudi najbolj temeljna načela notranjega trga. To izhaja iz člena 12 ES, ki določa, da „je prepovedana vsakršna diskriminacija glede na državljanstvo“, in to potrjuje tudi sodna praksa Sodišča, ki je večkrat zavrnilo možnost, da bi države članice uporabile take ukrepe. Zato lahko ugotovimo, da je med vsemi razlogi diskriminacije, ki so prepovedani s pravom Unije, razlog na podlagi državljanstva posebej resen[99].

130. Tako je neizogibno treba postaviti vprašanje, v kakšnem obsegu pravilo, ki izhaja iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES, pomeni izjemo od preostalih določb Pogodbe in zlasti od nekaterih njenih temeljnih načel.

131. Kot je dobro znano, je v Pogodbi diskriminacija na podlagi državljanstva prepovedana v členu 12 ES.[100] Vendar pa ob skupni uporabi členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES načeloma lahko nastane položaj, v katerem država članica v razmerju do fizičnih oseb zakonito sprejme ukrep, ki pomeni takšno diskriminacijo. Alternativno bi bilo mogoče trditi, da je v takem primeru treba uporabiti

98 – V sklepnih predlogih, predstavljenih v zadevi Coleman (sodba z dne 17. julija 2008, C-303/06, ZOdl., str. I-5603), generalni pravobranilec Maduro poudarja, da je „[n]ajočitnejši način, kako se lahko prizadene dostojanstvo in avtonomijo osebe, […] ta, da se osebo neposredno napade, ker ima sumljivo lastnost. Manj ugodno obravnavanje nekoga na podlagi razlogov, kot so versko prepričanje, starost, invalidnost in spolna usmerjenost, krati to posebno in edinstveno vrednost, ki jo imajo osebe na podlagi tega, da so ljudje. Priznavanje enake vrednosti vsakemu živemu bitju pomeni, da je treba biti slep za preudarke te vrste, ko se nekomu nalaga breme ali se ga prikrajša za ugodnost. Z drugimi besedami, to so lastnosti, ki ne bi smele vplivati na oceno, ali je obravnavati nekoga manj ugodno prav ali ne“ (točka 10).

99 – Dokaz te resnosti je obsežna sodna praksa Sodišča, ki je večkrat zavrnilo poskuse držav članic, da bi sprejele predpise, ki pomenijo diskriminacijo na podlagi državljanstva. Med mnogimi drugimi glej sodbe z dne 20. oktobra 1993 v združenih zadevah Phil Collins in drugi (C-92/92 in C-326/92, Recueil, str. I-5145, točka 33); z dne 2. oktobra 1997 v zadevi Saldanha in MTS (C-122/96, Recueil, str. I-5325, točki 26 in 29); z dne 16. januarja 2003 v zadevi Komisija proti Italiji (C-388/01, Recueil, str. I-721, točki 19 in 20); z dne 5. junija 2008 v zadevi Wood (C-164/07, ZOdl., p. I-4143, točka 13) in z dne 16. decembra 2008 v zadevi Huber (C-524/06, ZOdl., str. I-9705, točki 78 in 79).

100 – Glej sodbe z dne 17. maja 1994 v zadevi Corsica Feries (C-18/93, Recueil, str. I-1783, točka 19); z dne 29. februarja 1996 v zadevi Skanavi in Chryssanthakopoulos (C-193/94, Recueil, str. I-929, točka 20); z dne 25. junija 1997 v zadevi Mora Romero (C-131/96, Recueil, str. I-3659, točka 10); z dne 12. maja 1998 v zadevi Gilly (C-336/96, Recueil, str. I-2793, točka 37); z dne 26. novembra 2002 v zadevi Oteiza Olazábal (C-100/01, Recueil, str. I-10981, točka 25); z dne 11. decembra 2003 v zadevi AMOK (C-289/02, Recueil, str. I-15059, točka 25) in z dne 29. aprila 2004 v zadevi Weigel (C-387/01, Recueil, str. I-4981, točka 57).

člen 18 ES, ki določa prosto gibanje oseb, kadar gospodarske svoboščine niso upoštevne. Vendar ni sporno, da se ta določba uporabi „ob upoštevanju omejitev in pogojev, določenih s to pogodbo“; te omejitve pa seveda vključujejo člen 45, prvi odstavek, ES.[101]

132. Zato je treba potrditi, da če diskriminacija na podlagi državljanstva spada na negativno področje uporabe svobode ustanavljanja, lahko države članice sprejemajo izjeme od prava Unije, pri čemer v Pogodbi načeloma ni druge določbe, na podlagi katere bi bilo temu ukrepu mogoče nasprotovati.

133. Ta ugotovitev, v skladu s katero bi bil člen 12 ES v podrejenem položaju glede na druge določbe Pogodbe, se mi zdi vprašljiva. Dejstvo, da so glede uporabe člena 12 ES določeni pogoji, ne pomeni, da gre za subsidiarno normo, prej nasprotno. Njegov položaj v sistematiki Pogodbe in pomen, ki ga ima načelo prepovedi diskriminacije v pravu Unije, podpirata stališče, da je določbo treba razumeti ne kot subsidiarno, ampak kot sinoptično normo, in sicer v smislu, da jo je ob sklicevanju na druge, specialnejše določbe Pogodbe, mogoče samodejno izključiti. Poleg tega se zdi, da se je Sodišče v zadnjem obdobju nagibalo k tej razlagi.[102] Zato samo dejstvo, da je glede neke dejavnosti ob upoštevanju členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES mogoče presoditi, da spada na negativno področje uporabe svobode ustanavljanja, ne pomeni nujno, da ni treba opraviti sistematične razlage ob upoštevanju člena 12 ES.

134. To razlago podpira okoliščina, da se v primeru, kot je obravnavani, v katerem se za dejavnost, kakršna je notarska in za katero se zdi, da je povezana z izvajanjem javne oblasti, še naprej uporabljajo druge določbe Pogodbe. To zlasti velja za člen 86 ES, v skladu s katerim države članice zagotovijo spoštovanje pravil o konkurenci v sektorjih, za katere veljajo obveznosti iz naslova opravljanja javnih storitev.[103] Če Sodišče ugotovi, da dejavnost

101 – Glej Rossi, M., že navedeno delo, str. 208; Epiney, A., „The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship“, v: *European Law Journal*, 2007, str. 611 in naslednje; Kadelbach, S., „Union Citizenship“, v: von Bogdandy, A. in J. Bast, *Principles of European Constitutional Law,* 2. izdaja, Hart Publishers, Oxford, Portland 2005, str. 461.

102 – Glej sodbo z dne 11. januarja 2007 v zadevi Komisija proti Grčiji (C-251/04, ZOdl., str. I-67, točka 26) in sklepne predloge generalnega pravobranilca Mengozzija, predstavljene v zadevi Neukirchinger (C-383/08, sodba v zadevi še ni bila izrečena) 7. septembra 2010, zlasti točke od 60 do 69.

103 – Glej van Vormizeele, P. V., „Art. 86“, v: *EU-Kommentar* (ur. J. Schwarze), že navedeno delo; 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, in Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU,* Hart Publishers, Oxford 2007.

spada na področje uporabe člena 45, prvi odstavek, ES, to ne pomeni nujno, da zanjo ne veljajo pravila o konkurenci iz členov 81 ES in 82 ES.[104] Enako velja za pravne podlage za izvajanje politik Unije, ki institucijam nikakor ne preprečujejo, da sprejmejo uredbe ali direktive na področjih, ki so z vidika svoboščin izključene iz njihovega področja uporabe. To potrjuje tudi sodna praksa Sodišča, iz katere na primer izhaja, da je notarska dejavnost obdavčena z DDV, saj je notar glede na to, da samostojno opravlja gospodarsko dejavnost, in sicer „ne glede na namen ali rezultat te dejavnosti", davčni zavezanec.[105] Javni značaj notarske dejavnosti je Sodišče potrdilo v zadevi Komisija proti Nizozemski in pri tem prav v zvezi s posredno obdavčitvijo ugotovilo, da notarji te dejavnosti ne opravljajo kot organi javnega prava, „ker niso vključeni v organizacijo javne uprave, ampak jo opravljajo kot samostojno gospodarsko dejavnost v okviru svobodnega poklica".[106]

135. Nazadnje, dejstvo, da je neka dejavnost povezana z izvajanjem javne oblasti, držav članic ne razbremeni obveznosti izpolnjevanja prava Unije. To obveznost, ki se v obravnavanem primeru nanaša na notarsko dejavnost in tako na skupino, ki jo tvorijo fizične osebe, je treba posebej upoštevati, ko pride do diskriminacije na podlagi državljanstva. Ker se zadeva nanaša, na eni strani, na fizične osebe in, na drugi strani, na diskriminacijo na podlagi državljanstva, jo je treba preučiti tudi ob upoštevanju statusa državljanstva Unije.

136. Od leta 1992 je pod vplivom Pogodb in sodne prakse Sodišča med posameznikom in Unijo dejansko nastala neposredna in razvijajoča se vez državljanstva.[107] Kot je dobro znano, to razmerje temelji na državljanstvu vsake države članice, kar pa ne pomeni, da gre za državljanstvo, ki se z nacionalnim prekriva, ampak prej nasprotno: gre za status, ki nastane kot posledica nacionalnega statusa, vendar pa se po nastanku razvijajo in samostojno ustvarjajo pravice in obveznosti, ne

104 – Glej med drugimi sodbe z dne 21. septembra 1988 v zadevi Van Eycke (267/86, Recueil, str. 4769); z dne 4. maja 1988 v zadevi Bodson (30/87, Recueil, str. 2479); z dne 19. marca 1991 v zadevi Francija proti Komisiji (C-202/88, Recueil, str. I-1223); z dne 23. aprila 1991 v zadevi Höfner in Elser (C-41/90, Recueil 1991, str I-1979); z dne 13. decembra 1991 v zadevi GBInno-BM (C-18/88, Recueil, str. I-5941); z dne 30. marca 2006 v zadevi Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, ZOdl., str. I-2941); z dne 3. julija 2003 v združenih zadevah Chronopost in drugi proti Ufex in drugim (C-83/01 P, C-93/01 P in C-94/01 P, Recueil, str. I-6993) in z dne 1. julija 2008 v zadevi MOTOE (C-49/07, ZOdl., str. I-4863).

105 – Sodba z dne 26. marca 1987 v zadevi Komisija proti Nizozemski (235/85, Recueil, str. 1471). Navedek je iz člena 4(1) Šeste direktive Sveta 77/388/EGS z dne 17. maja 1977 o usklajevanju zakonodaje držav članic o prometnih davkih – Skupni sistem davka na dodano vrednost: enotna osnova za odmero (UL L 145, str. 1; posebna izdaja v slovenščini: poglavje 09 zvezek 01 str. 23).

106 – Zgoraj navedena sodba, točka 22.

107 – Glej med drugim O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship,* Kluwer Law International, Hag 1996, str. 23–30.

da bi države članice lahko sprejele predpise, ki bi temu nasprotovali. To samostojnost je nedavno potrdilo Sodišče v zadevi Rottmann, v kateri je ugotovilo, da države članice ne morejo posegati v vez med državljanom in Unijo s tem, da mu neupravičeno odvzamejo državljanstvo. Zato nacionalni ukrep, „ki lahko povzroči izgubo statusa, ki ga daje člen 17 ES, in s tem povezanih pravic, *po svoji naravi* in posledicah spada v pravo Unije“.[108]

137. Poleg tega državljanstvo Unije ne pomeni le neposredne vezi med državljanom in Unijo, ampak tudi sfero razmerij med državljanom in vsemi državami članicami. S tem vidikom državljanstva je vsem državljanom zagotovljena pravica do prostega gibanja na ozemlju Unije in pravica prebivati v kateri koli državi članici. Vez z Unijo ima tako vodoravni učinek v razmerju do vseh nacionalnih organov, ki morajo opustiti sprejetje ukrepov, s katerimi se ovira ali otežuje prosto gibanje, in sicer tudi kadar se ukrep nanaša na državljane matične države članice.[109] Sodišče je zato okrepilo obseg člena 18 ES s tem, da mu je najprej priznalo neposredni učinek[110], nato pa še tako, da je razvilo upoštevno sodno prakso, s katero je vsebinsko izpolnilo status gibljivega državljana celo v položajih, v katerih zadevni posameznik ne opravlja nobene gospodarske dejavnosti[111] ali kadar se ukrep nanaša na sorodnike iz tretjih držav članic[112].

138. Pogoj državljanstva, ki se nanaša na fizične osebe in ki se določi ob sklicevanju na to, da spada na negativno področje svobode ustanavljanja, je treba opredeliti zlasti kot ukrep, ki posega v status državljanstva. To sicer velja v delu, v katerem se merilo za pridobitev državljanstva Unije, torej državljanstvo države članice, uporabi kot razlog za omejitev dostopa do dejavnosti, povezanih z izvajanjem javne oblasti, v smislu člena 45, prvi odstavek, ES. Vendar je podlaga za pridobitev evropskega državljanstva v skladu s pogodbami lahko razlog za neupoštevanje pravice, ki je tesno povezana s statusom državljanstva Unije, le v zelo posebnih okoliščinah, ki pa – kot bo razvidno v nadaljevanju – v tem primeru

108 – Sodba z dne 2. marca 2010 v zadevi Rottman (C-135/08, ZOdl., str. I-1449, točka 42) (poudarek dodan).

109 – Glej na primer sodbi z dne 2. oktobra 2003 v zadevi Garcia Avello (C-148/02, Recueil, str. I-11613) in z dne 14. oktobra 2008 v zadevi Grunkin in Paul (C-353/06, ZOdl., str. I-7639) ali že navedeno sodbo Rottmann.

110 – Sodba z dne 17. septembra 2002 v zadevi Baumbast in R (C-413/99, Recueil, str. I-7091).

111 – Sodbe z dne 20. septembra 2001 v zadevi Grzelczyk (C-184/99, Recueil, str. I-6193); z dne 11. julija 2002 v zadevi Carpenter (C-60/00, Recueil, str. I-6279); z dne 15. marca 2005 v zadevi Bidar (C-209/03, ZOdl., str. I-2119); z dne 26. oktobra 2006 v zadevi Tas-Hagen in Tas (C-192/05, ZOdl., str. I-10451) in z dne 23. oktobra 2007 v združenih zadevah Morgan in Bucher (C-11/06 in C-12/06, ZOdl., str. I-9161) ter, med novejšimi, sodbi z dne 23. februarja 2010 v zadevi Teixeira (C-480/08, ZOdl., str. I-1107) in z dne 23. februarja 2010 v zadevi Ibrahim (C-310/08, ZOdl., str. I-1065).

112 – Glej na primer zgoraj navedeno sodbo Carpenter in sodbo z dne 19. oktobra 2004 v zadevi Chen (C-200/02, Recueil, str. I-9925).

niso podane. Evropsko državljanstvo zaradi svoje transnacionalne razsežnosti temelji na obstoju skupnosti držav in posameznikov, ki si delijo seznam vrednot, visoko stopnjo medsebojnega zaupanja in zavezo solidarnosti. Če se s podelitvijo državljanstva neke države članice posameznika uvede v to skupnost vrednot, zaupanja in solidarnosti, bi bilo paradoksno, če bi bila prav ta pripadnost razlog, da se državljanu Unije odrečejo pravice in svoboščine, ki so zagotovljene s Pogodbo.

139. Glede na navedeno je treba ugotoviti, da je diskriminacija na podlagi državljanstva ukrep, ki po svoji naravi pomeni resen poseg v sfero državljana Unije in ki je z vidika členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES dopusten le po strogem preizkusu sorazmernosti in torej le, če so podani zelo utemeljeni razlogi v splošnem interesu.

c) Presoja sorazmernosti

140. Nazadnje, kot je bilo pojasnjeno zgoraj, je pri preizkusu sorazmernosti pravila, ki izhaja iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES, treba upoštevati stopnjo povezanosti zadevne dejavnosti z izvajanjem javne oblasti. V obravnavani zadevi in kot je bilo pojasnjeno v točkah od 115 do 121 teh sklepnih predlogov je notarska dejavnost sicer povezana z izvajanjem javne oblasti v smislu člena 45, prvi odstavek, ES, toda – kakor je razvidno iz njenega ustroja kot ekonomske dejavnosti – manj kot druge dejavnosti, na primer tiste, ki pomenijo neposredno izvajanje javnih pooblastil. Zato lahko države članice sprejmejo ukrepe, za katere menijo, da so primerni, in ki ne spadajo v okvir navedenih svoboščin, vendar le, če so sorazmerni z zastavljenimi cilji in nameni. Čeprav je notarski poklic povezan z zagotovili in posebnostmi, ki kažejo na pomen, ki ga ima za zasebnopravni promet, pa glede na utemeljitve, ki so jih navedle države članice, prav tako velja, da nobena od teh posebnosti ne upravičuje tega, da je status oseb, ki ta poklic opravljajo, podlaga za tako strog in drastičen ukrep, kot je diskriminacija na podlagi državljanstva, ki je predmet obravnave v tem primeru.

141. Države članice so se v zvezi s tem sklicevale zlasti na pomen prisege, ki jo izreče notar pred nastopom funkcije. Menijo, da ta izjava odraža tesno vez med notarjem in državo članico, ki mu podeli javno pooblastilo, vez, ki

je izraz zvestobe posameznika dani politične skupnosti in ki je v obravnavanem primeru izražena v obliki pogoja državljanstva. Tožene države članice so večkrat poudarile pomen te vezi, v primeru Luksemburga pa je bil pogoj državljanstva za nastop notarskega poklica celo povezan z zaščito ustavne identitete Velikega vojvodstva.

142. Vendar pa se pojem zvestobe, kot izraz zavezanosti politični skupnosti in solidarnosti z njo, ne more šteti za razločevalen, izključen in izključitven znak držav članic kot takih, da bi zato nujno zahteval vez državljanstva. Nasprotno, državljanu Unije kot takemu zaveza zvestobe Uniji ni tuja. Domneva, da državljan neke države članice ni zmožen legitimne zaveze zvestobe drugi državi članici, če prej ne pridobi njenega državljanstva, bi pomenila resen dvom o veljavnosti tako členov 17 ES in 18 ES kot političnih pravic v zvezi z državljanstvom, ki izhajajo iz pogodb in Listine Evropske unije o temeljnih pravicah.

143. Akti za pravosodno sodelovanje v civilnih in kazenskih zadevah, ki jih je sprejela Unija, zlasti pa ti iz Uredbe Sveta (ES) št. 44/2001[113], potrjujejo ta pristop. Notar z overitvijo opravi dejavnost javnega značaja, katere učinki se samodejno priznajo v vseh državah članicah. Visoka stopnja zaupanja in skupnost vrednot in načel, na katerih temelji Unija, notarja spremenijo ne le v javnega uradnika države, ampak tudi Unije. Ta prenos pooblastil, veljavnih na ozemlju Unije, izraža zavezo zvestobe, ki je bolj kompleksna kot ta, ki obstaja zgolj med državljanom in državo, ki ji pripada. Notar tako deluje v okviru, v katerem zvestoba zavezuje v razmerju do države, ki podeli pooblastila, in v razmerju do Unije, ki jih privzame, ter tudi v razmerju do drugih držav članic.

144. Glede na to, da je proces evropskega združevanja dosegel točko, ko imajo državljani Unije pravico sodelovati v demokratičnih procesih o nacionalnih odločitvah tam, kjer prebivajo – kot je to pri lokalni demokraciji – ali vlagati zakonodajne predloge na evropski

113 – Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah (UL 2001, L 12, str. 1) in zlasti člen 57 te uredbe.

ravni, pojma zvestobe ni mogoče omejiti zgolj in nujno na državljane zadevne države članice. Če zvestobo razumemo kot zavezo k spoštovanju pravic in dolžnosti, ki povezujejo državljana z državo članico in Unijo, menim, da zahteva, da zaradi izraza te zaveze obstaja vez državljanstva z državo članico, v okoliščinah obravnavane zadeve ni nujna in zato tudi ni legitimna.

145. Vsekakor je treba posebej omeniti funkcijo Gerichtskommissär, ki jo opravljajo notarji zlasti v Avstriji. Čeprav je res, da notar ob opravljanju teh funkcij lahko sprejema posamezne in zavezujoče odločitve, pa je res tudi, da gre za postransko funkcijo, ki je poleg tega omejena na področje dednega prava. Kot je med obravnavo pojasnil zastopnik avstrijske vlade, notar naloge Gerichtskommissär opravlja v okviru svobodnega poklica, in ne kot uradnik, kar načeloma kaže na to, da gre za funkcijo, odprto za konkurenco. Zato in glede na dejavnike, navedene v postopku, z dejstvom, da avstrijski notar prevzema funkcije sodnega komisarja, prav tako ni mogoče upravičiti uporabe pravila, ki izhaja iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES, za neposredno diskriminacijo na podlagi državljanstva.

5. Sklep glede prvega tožbenega razloga neizpolnitve obveznosti

146. Če povzamemo, ukrep, s katerim se določi pogoj državljanstva, kot je ta, ki ga v tem postopku graja Komisija, je nesorazmeren, če ni nujen za doseganje ciljev, ki jim sledi vsaka država članica z izključitvijo notarske dejavnosti s področja svobode ustanavljanja. Zato in čeprav gre za dejavnost, ki je povezana z izvajanjem javne oblasti in zato spada na negativno področje uporabe svobode ustanavljanja, menim, da v specifičnem primeru notarskega poklica na podlagi členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES ni mogoče dopustiti državnega ukrepa, s katerim so osebe, ki želijo opravljati ta poklic, diskriminirane iz razloga državljanstva. Glede na navedeno menim, da čeprav notarska dejavnost, kot se opravlja v toženih državah članicah, spada na negativno področje uporabe svobode ustanavljanja, kot izhaja iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES, to ne more biti podlaga za to, da se v ureditev notariata vključi pogoj državljanstva – ker bi bil nesorazmeren – saj to glede na stopnjo povezanosti te dejavnosti z izvajanjem javne oblasti ni nujno. Zato je treba ugotoviti, da je prvi tožbeni razlog neizpolnitve obveznosti, ki temelji na kršitvi členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES, utemeljen.

B – *Drugi tožbeni razlog neizpolnitve obveznosti*

147. Komisija državam članicam z izjemo Francoske republike očita, da s tem, da v nacionalnih predpisih za prenos niso določile, da se Direktiva 2005/36 o priznavanju poklicnih kvalifikacij uporablja za notarski poklic, niso izpolnile obveznosti iz te direktive.

148. Kot je bilo pojasnjeno zgoraj spada notarski poklic v skladu z razlago členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES na „negativno področje uporabe“ svobode ustanavljanja. Kot sem poudaril zgoraj tak sklep ne pomeni nujno, da državam članicam ni treba izpolniti obveznosti, ki jih imajo na podlagi Pogodb. Vendar pa so v primeru Direktive 2005/36 podani razumni dvomi glede njene uporabe za notarski poklic.

149. V okviru postopka zaradi neizpolnitve obveznosti mora Komisija dokazati, da je tožena država članica kršila pravo Unije. Vendar – in kot navaja v spisu – se je Komisija omejila na očitek neprenosa Direktive 2005/36 v predpisanem roku, medtem ko so države članice poudarile ne le uporabo člena 45, prvi odstavek, ES, ampak tudi izjemo glede notarske dejavnosti, ki je v zadevni direktivi navedena v uvodni izjavi 41.

150. V uvodni izjavi 41 Direktive 2005/36 je navedeno, da ta „direktiva ne posega v uporabo členov 39(4) in 45, prvi odstavek, Pogodbe, kar zadeva predvsem notarje“. Zdi se, da je zakonodajalec, čeprav zelo dvoumno, tako implicitno pojasnil, da odgovor na vprašanje, ali notarska dejavnost spada na področje uporabe člena 45, prvi odstavek, ES, *vsebuje* odgovor na vprašanje glede možnosti uporabe Direktive za ta poklic. Glede na to, da se je Komisija v pravdni strategiji omejila na razlogovanje z vidika člena 45, prvi odstavek, ES, se zdi, da se strinja z ugotovitvijo iz zgoraj navedene uvodne izjave 41. Glede na odgovor na prvo vprašanje, ki ga predlagam, bi Komisija morala navesti dodatne razloge za razširitev uporabe Direktive na notarski poklic. Njen edini razlog, ki temelji na razlagi pojma „javna oblast“ iz člena 45, prvi odstavek, ES, je bil namreč zavrnjen. V teh okoliščinah je jasno, da Komisija ni navedla nobenega upoštevnega razloga, na podlagi katerega bi lahko

drugi tožbeni razlog neizpolnitve obveznosti lahko šteli za utemeljen.

151. Zato menim, da ker Komisija ni pokazala, da morajo države članice izpolniti obveznosti iz zgoraj navedene Direktive 2005/36 glede notarske dejavnosti, drugi tožbeni razlog neizpolnitve obveznosti ni utemeljen.

V – Stroški

152. V skladu s členom 69(3) Poslovnika lahko Sodišče, „[č]e vsaka stranka uspe samo deloma ali v izjemnih okoliščinah, […] odloči, da se stroški delijo ali da vsaka stranka nosi svoje lastne stroške“. Ker sem sprejel enega od dveh navedenih tožbenih razlogov neizpolnitve obveznosti, Sodišču zaradi pravične razdelitve stroškov, ki so zaradi tega postopka nastali strankam, predlagam, naj Evropski komisiji, Kraljevini Belgiji, Velikemu vojvodstvu Luksemburg, Republiki Avstriji, Zvezni republiki Nemčiji in Helenski republiki naloži, da nosijo svoje stroške.

153. Glede tožbe zaradi neizpolnitve obveznosti zoper Francosko republiko je treba spomniti, da člen 69(2) Poslovnika določa, da se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili priglašeni. Ker je bil zavrnjen edini razlog, ki ga je navedla Francoska republika, ji je treba naložiti plačilo stroškov, kot je predlagala Komisija.

154. V skladu z zgoraj navedenim členom 69(4), prvi pododstavek, Poslovnika Republika Litva, Romunija, Republika Bolgarija, Republika Poljska, Zvezna republika Nemčija, Republika Slovenija, Republika Avstrija, Češka republika, Slovaška republika, Republika Madžarska, Republika Latvija, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska ter Francoska republika, ki so intervenirale v tem sporu, nosijo svoje stroške.

VI – Predlog

155. Glede na navedeno Sodišču predlagam, naj ugotovi:

V zadevi C47/08:

1. Kraljevina Belgija s tem, da je sprejela ukrep, kot je ta iz člena 35(3) zakona z dne 25. ventôse leta XI, kakor je bil spremenjen z zakonom z dne 4. maja 1999, s katerim je opravljanje notarskega poklica omejeno izključno na belgijske državljane, ni izpolnila obveznosti iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

2. V preostalem se tožba zavrne.

3. Komisija in Kraljevina Belgija nosita svoje stroške.

4. Republika Litva, Češka republika, Slovaška republika, Republika Madžarska, Republika Latvija, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska ter Francoska republika, ki so intervenirale v tem sporu, nosijo svoje stroške.

V zadevi C50/08:

1. Francoska republika s tem, da je sprejela ukrep, kot je ta iz člena 3 uredbe z dne 5. julija 1973, kakor je bila spremenjena z uredbo 89399 z dne 20. junija 1989,

s katerim je opravljanje notarskega poklica omejeno izključno na francoske državljane, ni izpolnila obveznosti iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

2. Francoski republiki se naloži plačilo stroškov.

3. Republika Litva, Romunija, Češka republika, Slovaška republika, Republika Madžarska, Republika Latvija, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska ter Republika Bolgarija, ki so intervenirale v tem sporu, nosijo svoje stroške.

V zadevi C51/08:

1. Veliko vojvodstvo Luksemburg s tem, da je sprejelo ukrep, kot je ta iz člena 15 zakona z dne 9. decembra 1976 o organizaciji notariata, s katerim je opravljanje notarskega poklica omejeno izključno na luksemburške državljane, ni izpolnilo obveznosti iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

2. V preostalem se tožba zavrne.

3. Komisija in Veliko vojvodstvo Luksemburg nosita svoje stroške.

4. Republika Litva, Češka republika, Republika Poljska, Slovaška republika, Republika Madžarska, Republika Latvija, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska ter Francoska republika, ki so intervenirale v tem sporu, nosijo svoje stroške.

V zadevi C53/08:

1. Republika Avstrija s tem, da je sprejela ukrep, kot je ta iz člena 6(1)(a) uredbe o notariatu RGBl. št. 75/1871, kakor je bila spremenjena z zakonom BGBl. št. 164/2005, s katerim je opravljanje notarskega poklica omejeno izključno na avstrijske državljane, ni izpolnila obveznosti iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

2. V preostalem se tožba zavrne.

3. Komisija in Republika Avstrija nosita svoje stroške.

4. Republika Slovenija, Republika Litva, Češka republika, Republika Poljska, Republika Madžarska, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska, Slovaška republika, Republika Latvija, Zvezna republika Nemčija in Francoska republika, ki so intervenirale v tem sporu, nosijo svoje stroške.

V zadevi C54/08:

1. Zvezna republika Nemčija s tem, da je sprejela ukrep, kot je ta iz člena 5 zveznega zakona o notariatu, kakor je bil spremenjen z zakonom z dne 26. marca 2007, s katerim je opravljanje notarskega poklica omejeno izključno na nemške državljane, ni izpolnila obveznosti iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

2. V preostalem se tožba zavrne.

3. Komisija in Zvezna republika Nemčija nosita svoje stroške.

4. Republika Slovenija, Republika Litva, Češka republika, Republika Poljska, Republika Madžarska, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska, Republika Estonija, Slovaška republika, Republika Avstrija, Republika Latvija, Republika Bolgarija in Francoska republika, ki so intervenirale v tem sporu, nosijo svoje stroške.

V zadevi C61/08:

1. Helenska republika s tem, da je sprejela ukrep, kot je ta iz člena 19(1) zakona 2830/2000, s katerim je opravljanje notarskega poklica omejeno izključno na grške državljane, ni izpolnila obveznosti iz členov 43 ES in 45, prvi odstavek, ES.

2. V preostalem se tožba zavrne.

3. Komisija in Helenska republika nosita svoje stroške.

4. Republika Litva, Republika Slovenija, Slovaška republika, Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska, Češka republika in Francoska republika, ki so intervenirale v tem sporu, nosijo svoje stroške.