KOHTUJURISTI ETTEPANEK
PEDRO CRUZ VILLALÓN
esitatud 14. septembril 2010[1]

1. Euroopa Komisjon heidab Portugali Vabariigile EÜ artikli 226 alusel ette, et viimane on rikkunud direktiivi 2005/36 kutsekvalifikatsioonide tunnustamise kohta,[2] kuna see liikmesriik ei ole vastu võtnud sobivaid meetmeid, et kohaldada direktiivi nimetatud riigis notari kutsealale.

2. Sarnaselt kohtuasjadega C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ja C-61/08, mille ese on samuti notariamet, on siinses kohtuasjas vaja eelnevalt kindlaks määrata, kas siin on kohaldatav EÜ artikli 45 esimene lõik, mis näeb ette erandi kutsealadele, mis on seotud avaliku võimu teostamisega.[3] Erinevalt viidatud kohtuasjadest ei heida komisjon ette kodakondsust käsitlevate sätete olemasolu, kuna Portugalis sellist piirangut põhimõtteliselt ei esine. Käesoleva kohtuasja põhjus on see, et Portugali süsteem notariametis tegutsema asumiseks on kutsekvalifikatsioonide valdkonnas diametraalselt vastupidine sellega, mis on nõutud ühenduse õigusnormides, täpsemalt direktiivis 2005/36.

1 – Algkeel: hispaania.

2 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 7. septembri 2005. aasta direktiiv (ELT L 255, lk 2).

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

I. Õiguslik raamistik

A. *Ühenduse õigus*

3. Direktiiv 89/48 vähemalt kolmeaastase kutseõppe läbimisel antavate kõrgharidusdiplomite tunnustamise üldsüsteemi kohta [4] nägi ette ülevõtmise tähtaja, milleks oli selle direktiivi artikli 12 kohaselt 4. jaanuar 1991.

4. Selle artiklis 2 on sätestatud:

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

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

5. Notari kutseala ei ole reguleeritud ühegi äsja osundatud artikli teises lõigus nimetatud õigusaktiga.

6. Direktiiv 89/48 tunnistati kehtetuks ja kodifitseeriti direktiiviga 2005/36. Uues redaktsioonis säilib direktiivi 89/48 põhisisu, aga põhjendus 41 on eelmise direktiiviga võrreldes uuendusena sõnastatud järgmiselt:

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

B. *Siseriiklik õigus*

7. Portugalis on notari kutseala reguleeritud justiitsministri 21. aprilli 2004. aasta dekreetseadustega 26/2004 ja 27/2004. Valitsus võttis 21. aprilli 2004. aasta dekreediga 398/2004 vastu määruse, mis reguleerib notari kutsenimetuse andmist. See õigusnormide kogu liberaliseeris Portugali notariametit, mille ülesandeid olid senini täitnud riigiametnikud, kes allusid avalikust õigusest tulenevale korrale.

8. Dekreetseaduse 26/2004 artiklis 1 on ette nähtud, et „notar on jurist, kelle ametitegevuse käigus koostatud kirjalikud dokumendid on avalikult usaldatavad".

4 – Nõukogu 21. detsembri 1988. aasta direktiiv (EÜT 1989, L 19, lk 16; ELT eriväljaanne 05/01, lk 337).

9. Notar on üheaegselt nii ametiisik, kes tõestab õigustoiminguid, kui ka vaba kutseala esindaja, kes tegutseb iseseisvalt ja erapooletult. Viidatud artikkel 1 lisab, et notari ülesannete avalik ja eralaad on üksteisest lahutamatud.

10. Nagu Portugal kostja vastuses tunnistas, on tõestamistoimingud notariameti peamine tegevus. Riik on tõestamise delegeerinud notarile, kellele antakse pädevus avalikku usaldatavust tõestada. Dekreetseaduse 26/2004 artikli 21 kohaselt on notari sekkumist väljendav sümbol pitsat või selle vastav number, mille ainuomanik on notar. Notar sekkub poolte taotlusel ja tagab neile seaduslikkuse ning teostatud tehingute registreerimise ja säilitamise.

11. Portugali tsiviilseadustiku artikli 371 kohaselt on tõestatud dokumentidel kõrgem tõendusjõud, mida saab vaidlustada vaid erakorralise menetlusega (tsiviilseadustiku artikkel 372). Samuti on tsiviilkohtumenetluse seaduse artiklis 46 sedastatud, et tõestamine muudab dokumendi täidetavaks.

12. Dekreetseaduse 26/2004 artikli 25 alusel on notariametis tegutsemiseks vaja täita neli tingimust: isikul ei tohi olla keelatud tegutseda avalikes ülesannetes; tal peab olema Portugali õigusnormidega tunnustatud õigusteaduse kraad; ta peab läbima kandidaaditeenistuse; ja ta peab olema läbinud notariaadi nõukogu korraldatud konkursi.

13. Kuigi notari kutseala on vaba kutseala, on dekreetseaduse 26/2004 artikli 6 kohaselt juurdepääs sellele allutatud *numerus clausus*'e põhimõttele. Samuti tegutseb notar kindlaksmääratud territooriumil, piirkonnas, olles saanud loa seal tegutseda. Notaritasu arvutatakse lähtuvalt justiitsministri heaks kiidetud määradest, kus on kindlaks määratud minimaalsed ja maksimaalsed summad, samas on ka ette nähtud võimalus, et esinevad teatud notariteenused, mille hind on vaba.

II. Kohtueelne ja kohtumenetlus

14. Komisjon saatis 21. detsembril 2001 Portugalile märgukirja, milles ta teatas, et direktiiv 89/48/EMÜ on seoses notari kutsealaga üle võtmata. Portugal vastas 17. juuni 2002. aasta kirjas, milles ta väitis, et valitsus valmistas ette sellekohast reformi õigusnormides.

15. Komisjon saatis 18. oktoobril 2006 Portugalile põhjendatud arvamuse, nõudes et

viimane lõpetaks rikkumise kahe kuu jooksul. Portugal vastas arvamusele 24. jaanuari 2007. aasta kirjas, milles ta kinnitas, et Portugali notarid osalevad otseselt ja tegelikult avaliku võimu teostamises ja et seetõttu ei kehti neile asutamisvabadus ega ka seda vabadust edasiarendav teisene õigus.

16. Seega on käesoleva liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi osas asjassepuutuv siseriiklik õiguslik raamistik see, mis kehtis 18. detsembril 2006, kui lõppes komisjoni poolt kostjaks olevale riigile põhjendatud arvamuses määratud tähtaeg.

17. Komisjon esitas 12. veebruaril 2008 Euroopa Kohtule EÜ artikli 226 alusel liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi, millele järgnesid vastavalt kostja vastus, repliik ja vasturepliik, mille esitasid hageja ja kostjaks olev liikmesriik. Samuti sekkus Ühendkuningriik komisjoni nõuete toetuseks, samas kui Tšehhi Vabariik, Leedu, Sloveenia ja Slovakkia väljendasid oma toetust Portugalile.

III. Poolte nõuded

18. Komisjon palub Euroopa Kohtul:

– tuvastada, et kuna Portugali Vabariik ei ole notari kutseala suhtes üle võtnud direktiivi 2005/36/EÜ, siis on see liikmesriik rikkunud sellest direktiivist tulenevaid kohustusi;

– mõista kohtukulud välja Portugali Vabariigilt.

19. Portugali Vabariik palub omakorda Euroopa Kohtul: jätta hagi põhjendamatuse tõttu rahuldamata ja mõista kohtukulud välja komisjonilt.

IV. Hagi vastuvõetavus

20. Sloveenia valitsus menetlusse astujana esitab vastuvõetamatuse vastuväite õigusnormide tõttu, millele komisjon tugineb. Tema arvates heitis komisjon käesoleva liikmesriigi kohustuste rikkumise hagi kohtueelses etapis ette direktiivi 89/48 rikkumist, kuid nüüd, kohtumenetluse etapis, heidab talle ette direktiivi 2005/36 (millega asendati varasem õigusakt) rikkumist.

21. Selle vastuväitega ei saa nõustuda.

22. Vastavalt väljakujunenud kohtupraktikale on kohtueelse menetluse nõuetekohasus oluline tagatis, mille asutamisleping on ette näinud mitte üksnes asjaomase liikmesriigi õiguste kaitseks, vaid ka tagamaks, et võimaliku kohtumenetluse esemeks oleks selgelt piiritletud vaidlus. Ainult nõuetekohase kohtueelse menetluse alusel saab Euroopa Kohus võistleva menetluse käigus otsustada, kas liikmesriik on tõepoolest rikkunud konkreetseid kohustusi, nagu komisjon väidab. [5]

23. Seda arvestades on Euroopa Kohus korranud, et kuigi hagiavalduses sisalduvad nõuded ei saa põhimõtteliselt ulatuda kaugemale rikkumistest, mida on mainitud põhjendatud arvamuse resolutiivosas ja märgukirjas, on olukorras, kus eelneva haldusmenetluse käigus ühenduse õigust muudetakse, „komisjonil siiski õigus nõuda, et tuvastataks selliste kohustuste rikkumine, mis tulenevad hiljem muudetud või kehtetuks tunnistatud ühenduse õigusakti esialgsest versioonist ning mis on uude ühenduse õigusakti üle võetud". [6]

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

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

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

25. Sellest tulenevalt tuleb tagasi lükata vastuvõetamatuse vastuväide, kuna selles viidatakse direktiivist 2005/36 tulenevatele kohustustele, mida kohaldati juba kehtetuks tunnistatud direktiivi alusel.

V. Liikmesriigi kohustuste rikkumise põhjendus

26. Käesolevas liikmesriigi kohustuste rikkumise hagis heidab komisjon Portugali Vabariigile ette seda, et ta ei võtnud notari kutseala suhtes üle direktiivi 2005/36. Portugal seevastu leiab, et sellele kutsealale kohaldatakse EÜ artikli 45 esimest lõiku, mistõttu viidatud direktiiv ei ole notari tegevusele kohaldatav.

27. Siin ei ole mõistlik ulatuslikult korrata kõiki argumente, mis on üksikasjalikult esitatud minu tänase kuupäevaga ettepanekus kohtuasjades C-47/08, C-50/08, C-51/08,

C-53/08, C-54/08 ja C-61/08. Seega esitan üksnes peamised tolles ettepanekus esitatud argumentide liinid ning seejärel kohaldan neid Portugali juhtumile.

A. *EÜ artikli 43 ja artikli 45 esimese lõigu tähenduses avaliku võimu teostamisega seotud tegevus*

28. Kuna Portugal viitab EÜ artikli 45 esimesele lõigule, et õigustada direktiivi 2005/36 ülevõtmata jätmist, siis tuleb kõigepealt selle sätte sisu selgitada.

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

30. Kui tõlgendaja järeldab, et mingi tegevus on nimelt seotud avaliku võimu teostamisega, viib ta läbi proportsionaalsuse kontrolli. Kõnealuste sätete puhul eeldab proportsionaalsuse kontrollimine vajaduse korral samasugust kontrolli, mida Euroopa Kohus on teinud oma kohtupraktikas,[7] milles kaalutakse 1) ühelt poolt võetud meetme piiravat mõju ja 2) teiselt poolt seda, mil määral osaleb arutamisel olev tegevus avaliku võimu teostamises. Mida otsesem või vahetum see osalemine on, seda laiem on EÜ artikli 45 esimeses lõigus osutatud meetmete valik. Mida kaudsem on seos, seda vähem on meetmeid selle sätte alusel võimalik õigustada nii arvult kui ka intensiivsuselt.

31. Siiski on EÜ artikli 43 ja artikli 45 esimese lõigu tõlgendamise peamine raskus selles – nagu võib ette näha –, kuidas täpselt määratleda „avalikku võimu".

7 – Vt värskemate kohtuotsuste hulgas 12. septembri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-196/04: Cadbury Schweppes ja Cadbury Schweppes Overseas (EKL 2006, lk I-7995, punktid 61 ja järgnevad punktid) ja 3. oktoobri 2006. aasta otsus kohtuasjas C-452/04: Fidium Finanz (EKL 2006, lk I-9521, punkt 46). Põhimõtte ja selle rolli kohta kaalutlusnormina vabaduste raamistikus vt Tridimas, T., *The General Principles of EU Law,* 2. tr., Oxford University Press, Oxford, 2006, lk 193 jj, ja Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo,* Giuffrè Editore, Milano, 1998, lk 103 jj.

32. Nagu juba märkisin kohtuasjades C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ja C-61/08 esitatud ettepanekus, leidub kohtupraktikas ainult üksikuid elemente, mis selgitaksid siin käsitletud sättes kasutatud „avaliku võimu" olemust või omadusi. [8]

33. Avaliku võimu määratlemisel EÜ artikli 45 esimese lõigu tähenduses [9] tuleb paratamatult lähtuda avaliku võimu idee teatud *eelarusaamast* kui riigiteooria üldisest kategooriast, millesse liit kui riikide ühendus tingimata kontseptuaalselt kuulub. [10]

34. Selles mõistes on „avalik võim" eelkõige „võim", see tähendab õigust kehtestada käitumist sellise tahte alusel, millele ei ole võimalik vastu hakata. Vastavalt üldtunnustatud arusaamale on see õigus selle ülimas väljenduses ainult riigil, see tähendab institutsioonil, mis kehastab õiguskorda kui õiguspärase võimu valitsemise ja korraldamise vahendit. [11] Avalik võim on seega suveräänse valitseja võim, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. See tähendab, et riigis ei ole teist õiguspärast võimu kui see, mida avalik võim kasutab. Ja seda nii riigi olemasolu ja selle eesmärkide saavutamise huvides (üldistes huvides) kui ka teatavate isikute õiguspäraste ootuste teenistuses teiste isikute suhtes (erahuvides). Sellel viimasel juhul toimib võim alati eelnevalt kehtestatud tingimusi järgides. [12]

8 – Vt muu hulgas 21. juuni 1974. aasta otsus kohtuasjas 2/74: Reyners (EKL 1974, lk 631); 5. detsembri 1989. aasta otsus kohtuasjas C-3/88: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 1989, lk 4035); 29. oktoobri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-114/97: komisjon *vs.* Hispaania (EKL 1998, lk I-6717); 9. märtsi 2000. aasta otsus kohtuasjas C-355/98: komisjon *vs.* Belgia (EKL 2000, lk I-1221); 31. mai 2001. aasta otsus kohtuasjas C-283/99: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2001, lk I-4363); 13. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-465/05: komisjon *vs.* Itaalia (EKL 2007, lk I-11091); ja 22. oktoobri 2009. aasta otsus kohtuasjas C-438/08: komisjon *vs.* Portugal (EKL 2009, lk I-10219).

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

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

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

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

36. Esimene kriteerium avaliku võimu ja eraõigusliku sfääri vahel piiri määramiseks on kahtlemata riigi poolt monopoliseeritud ja kasutatud võimu eesmärk

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

38. Seda arutluskäiku järgides tuleb kaasaegset riiki käsitleda varasemate vormidega võrreldes palju keerukama võimukorraldusena. Varasemad vormid piirdusid füüsilise sunni haldamisega, kasutades selle teostamise tingimuste määratlemiseks äärmiselt lihtsustatud menetlusi. Siit tulenevalt on tänapäeval selleks, et mõista avaliku võimu nähtust selle täies keerukuses, vaja paratamatult käsitada avaliku võimu mõistet lähtuvalt selle õiguskorra loogikast, milles kõnealune võim toimib.

39. Selles mõtteliinis esindab õiguskord õiguspärase võimu teostamise korraldamise protsessi, mis võib teatud juhtudel päädida kõnealuse jõu rakendamisega konkreetsel juhul. Sellest tulenevalt ei tohiks olla probleemi tunnistada, et akte, mille see õiguskord lõpuks vastu võtab (seal, kus õiguspärase võimu protsess lõpeb aktiga, mis lõpetab selle protsessi, muutes selle lõplikuks), tuleb pidada õiguskorra kõige viimistletumaks väljenduseks. [13]

40. Vastavalt sellele lähenemisviisile oleks sel juhul akti kvalifitseerimisel avalikust võimust tulenevaks aktiks määrav kriteerium see, mis laadi seos on sellel riigi õiguskorraga. Täpsemalt tuleks tegevuse olemust näha sellisena, et see väljendab osalemist avaliku võimu teostamises selle kõnealuses õiguskorras osalemise (selle *kuuluvus*astme*)* kriteeriumist lähtudes. Kriteeriumiks ei oleks seega üksnes akti kooskõla kõnealuse korraga, vaid see, kas ta on kõnealuse õiguskorra lahutamatu osa. [14]

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

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

41. Sellest vaatepunktist võib kohtuid vaadelda avaliku võimu kõige iseloomulikuma väljendusena. Nimelt kohtute otsustega mõistetakse lõplikult õigust ja selles mõttes on õiguskord lahtumatu nendest kohtuotsustest. [15] Aga samal põhjusel võib öelda, et avalik võim on see, kelle aktid võivad saavutada sama staatuse, ilma et oleks vaja *iurisdictio*'t. Alustuseks on seadus iseenesest täitmisele pööratav, nagu seda on ka haldusakt või täitevvõimu korraldus. Alati on tegemist aktidega ja sätetega, mida saab kohtulikult vaidlustada, aga mis igal juhul ei vaja *luba,* selleks et vahetult õigusmõju avaldada.

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

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

44. Esitatud põhjendused peavad võimaldama käsitleda notari tegevusalaga seoses tõstatatud keskset küsimust suurema kindlusega.

45. Nende asjaolude alusel tuleb tunnistada, et Portugali notarid teostavad

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

tõestamistoimingute abil otseselt ja konkreetselt avaliku võimu tegevust selles mõttes, et nad annavad isikutele eelnevalt loa teostada oma õigust, mida vastasel korral tuleks nõuda igal üksikjuhul eraldi. Notari sekkumise järel ei ole enam vaja nõuda teise avaliku võimu esindaja sekkumist juhul, kui tahetakse tugineda notari poolt tõestatud asjaoludele, ja annab seega tõestatud aktile kvalifitseeritud avaliku juriidilise väärtuse, mida saab vaidlustada juba ainult kohtus (sarnaselt sellele, mis kehtib mis tahes avaliku võimu akti puhul). Mõistagi ei ole avaliku võimu määrav omadus kaitse kohtuliku kontrolli eest – mis pealegi on õigusriigis võimatu –, vaid tema enda aktide õiguspärasuse kõrgendatud eeldus ja järelikult selle õiguspärasuse kontrollimiseks vajalike tingimuste teatav rangus.

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

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

48. Järelikult ja kuna tõestamine vastab sellele ülesandele, leian, et see on tegevus, mis osaleb otseselt ja konkreetselt avaliku võimu teostamises, kuna see annab aktidele, sätetele ja toimingutele oma kvalifikatsiooni, millel ei oleks teisiti suuremat juriidilist väärtust kui eraõiguslikul tahteavaldusel.

49. Kuna tõestamine on Portugali Vabariigis notarite ülesande lahutamatu tuum, tuleb seega väita, et notari kutseala osaleb üldiselt ja tervikuna otseselt ja konkreetselt avaliku võimu teostamises. [16]

B. *Direktiivi 2005/36 kohaldatavus notari kutsealale*

50. Direktiivi 2005/36 põhjenduses 41 on sedastatud, et „[k]äesolev direktiiv ei piira asutamislepingu artikli 39 lõike 4 rakendamist ja asutamislepingu artikli 45 rakendamist eelkõige notarite suhtes". Vaatamata selle avalduse mitmetähenduslikkusele näib seadusandja kaudselt mõista andvat, et vastusega notari tegevusala kuuluvuse kohta EÜ artikli 45 esimese lõigu alla *kaasneb* vastus küsimusele direktiivi kohaldatavusest selle kutseala suhtes.

51. Hagiavalduses märgib komisjon õigustatult, et direktiivi 2005/36 põhjendust 41 ei saa kasutada EÜ artikli 45 esimese lõigu tõlgendamiskriteeriumina. Nimelt ei ole direktiivi viidatud põhjenduses esitatud kinnitus määrav küsimuses, kas lugeda notari tegevust avaliku võimu teostamiseks või mitte. Siiski tunnistab komisjon, et kui mingi tegevus on seotud avaliku võimu teostamisega, siis kinnitab see põhjendus 41, et tuleb kohaldada EÜ artiklit 43 ja artikli 45 esimest lõiku. Seega ilmneb komisjoni hagiavaldusest, et olukorras, kus selline tegevus (nagu notari oma), mida ei vaadelda abstraktselt, vaid juhtumi konkreetsete asjaolude põhjal, on seotud avaliku võimu teostamisega, ei ole direktiivi 2005/36 sätted kohaldatavad.

52. Käesoleva ettepaneku punktides 45–48 esitatud põhjustel leian, et Portugali notariaat (vastavalt 18. detsembril 2006 loodud korrale) oli otseselt ja eriomaselt seotud avaliku võimu teostamisega. Järelikult olen nõus komisjoniga, et direktiiv 2005/36 ei olnud Portugali notariaadile viidatud hetkel kohaldatav.

53. Portugali Vabariik on peamiselt kohtuistungi käigus väitnud, et notari kutseala on korduvalt muudetud, et seal valdkonnas suuremat konkurentsi luua. Portugali Vabariigi esindaja teatas Euroopa Kohtule, et selle tulemuse saavutamiseks tühistas Portugali seadusandja varem kehtinud kohustuse, et suur osa õigustoiminguid tuli teha notari sekkumisel, ja et hetkel võib neid toiminguid teha

16 – Vt eespool viidatud kohtuotsus Reyners.

ka teiste kutsealade esindajate juuresolekul. Need asjaolud võivad vajaduse korral olla piisavalt olulised, et jätta lõpuks kõrvale siinses ettepanekus esitatud notari kutseala määratlus. Siiski ei tule siinses menetluses neid muudatusi käsitleda, kuna otsuse tegemiseks määrav kuupäev on komisjoni kehtestatud tähtaeg, et kostjaks olev liikmesriik lõpetaks põhjendatud arvamuses välja toodud rikkumised. Nagu eelnevalt juba märgitud, oli selleks kuupäevaks 18. detsember 2006.

54. Asjaolu, et käesolevas ettepanekus leitakse, et Portugali notariaat on seotud avaliku võimu teostamisega, ei tähenda samuti, et oleks lahendatud vaidlus EÜ artikli 43 ja artikli 45 esimese lõigu ulatusest seoses notarite tegevusega Portugalis. Nagu ma märkisin eespool viidatud ettepanekus liidetud kohtuasjades C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 ja C-61/08, siis järeldus, et mingi tegevus on seotud avaliku võimu teostamisega, toob kaasa proportsionaalsuse kontrolli EÜ artikli 43 ja artikli 45 esimese lõigu alusel. Kuna aga komisjon esitas käesolevas menetluses vaid ühe väite seoses direktiiviga 2005/36, siis on välistatud kohtuotsuse analüüs viidatud parameetri alusel.

55. Järelikult tuleb hagi rahuldamata jätta.

VI. Kohtukulud

56. Vastavalt kodukorra artikli 69 lõikele 2 on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna komisjon on kohtuvaidluse kaotanud ja Portugali Vabariik on kohtukulude hüvitamist nõudnud, tuleb kohtukulud välja mõista komisjonilt.

57. Sama artikli lõike 4 esimese lõigu alusel kannavad käesolevasse menetlusse astujad Tšehhi Vabariik, Leedu Vabariik, Sloveenia Vabariik, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik ning Slovaki Vabariik ise oma kohtukulud.

VII. Ettepanek

58. Kõige esitatu alusel teen Euroopa Kohtule ettepaneku:

1) jätta hagi rahuldamata.

2) mõista kohtukulud välja Euroopa Komisjonilt.

3) Tšehhi Vabariik, Leedu Vabariik, Sloveenia Vabariik, Suurbritannia ja Põhja-Iiri Ühendkuningriik ning Slovaki Vabariik kannavad ise oma kohtukulud.