

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

24. maj 2011*

I sag C-54/08,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 12. februar 2008,

Europa-Kommissionen ved H. Støvlbæk og G. Braun, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

støttet af:

Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland ved S. Behzadi-Spencer, som befuldmægtiget,

intervenient,

* Processprog: tysk.

mod

Forbundsrepublikken Tyskland ved M. Lumma, J. Kemper, U. Karpenstein og J. Möller, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

støttet af:

Republikken Bulgarien ved T. Ivanov og E. Petranova, som befuldmægtigede

Den Tjekkiske Republik ved M. Smolek, som befuldmægtiget

Republikken Estland ved L. Uibo, som befuldmægtiget

Den Franske Republik ved G. de Bergues og B. Messmer, som befuldmægtigede

Republikken Letland ved L. Ostrovska, K. Drēviņa og J. Barbale, som befuldmægtigede

Republikken Litauen ved D. Kriauciūnas og E. Matulionytė, som befuldmægtigede

Republikken Ungarn ved R. Somssich, K. Veres og M. Fehér, som befuldmægtigede

Republikken Østrig ved E. Riedl, G. Holley og M. Aufner, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg

Republikken Polen ved M. Dowgielewicz, C. Herma og D. Lutostańska, som befuldmægtigede

Republikken Slovenien ved V. Klemenc og Ž. Cilenšek Bončina, som befuldmægtigede

Den Slovakiske Republik ved J. Čorba og B. Ricziová, som befuldmægtigede,

intervenienter,

har

I - 4362

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (refererende dommer) og J.-J. Kasel samt dommerne R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis, M. Ilešič, C. Toader og M. Safjan,

generaladvokat: P. Cruz Villalón
justitssekretær: kontorchef M.-A. Gaudissart,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 27. april 2010,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 14. september 2010,

afsagt følgende

Dom

- ¹ I sin stævning har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 45 EF samt Rådets direktiv 89/48/EØF af 21. december 1988 om indførelse af en generel ordning for gensidig anerkendelse af eksamensbeviser for erhvervskompetencegivende videregående uddannelser af mindst tre års

varighed (EFT 1989 L 19, s. 16), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/19/EF af 14. maj 2001 (EFT L 206, s. 1, herefter »direktiv 89/48«), og/eller Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF af 7. september 2005 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (EUT L 255, s. 22), idet den stiller et krav om nationalitet for adgang til erhvervet som notar og ved ikke for så vidt angår dette erhverv at have gennemført de nævnte direktiver.

Retsforskrifter

EU-retten

- 2 I 12. betragtning til direktiv 89/48 anføres, at »den generelle ordning for gensidig anerkendelse af eksamensbeviser for videregående uddannelse berører på ingen måde anvendelsen af artikel [45 EF]«.
- 3 Artikel 2 i direktiv 89/48 lyder således:

»Dette direktiv gælder for enhver EF-statsborger, der ønsker at udøve et lovreguleret erhverv som selvstændig eller lønmodtager i et værtsland.

Dette direktiv gælder ikke for de erhverv, der er omfattet af et særligt direktiv, hvorved der mellem medlemsstaterne indføres en gensidig anerkendelse af eksamensbeviser.«

- 4 Erhvervet som notar er ikke genstand for nogen regulering af den type, der er nævnt i artikel 2, stk. 2
- 5 Direktiv 89/48 fastsatte en gennemførelsesfrist, der i overensstemmelse med artikel 12 udløb den 4. januar 1991.
- 6 Direktiv 2005/36 ophævede i henhold til artikel 62 direktiv 89/48 med virkning fra den 20. oktober 2007.
- 7 Niende betragtning til direktiv 2005/36 har følgende ordlyd:

»Samtidig med at de gældende principper og garantier vedrørende etableringsfriheden, der findes under de forskellige anerkendelsesordninger, bibeholdes, bør bestemmelserne om disse ordninger forbedres i lyset af de indhøstede erfaringer. Desuden er de pågældende direktiver blevet ændret flere gange, og det er nødvendigt at foretage en omstrukturering og forenkling af bestemmelserne, idet de principper, der skal anvendes, samtidig gøres ensartede. Det er derfor nødvendigt at erstatte direktiv 89/48/EØF [...]«

- 8 14. betragtning til direktivet har følgende ordlyd:

»Den ordning for anerkendelse, der er fastlagt med [direktiv 89/48] ændres ikke [...]«

- 9 Det fremgår af 41. betragtning til direktiv 2005/36, at det ikke »berører [...] anvendelsen af [artikel 39, stk. 4, EF] og artikel 45 [EF] i forbindelse med erhvervet som notar«.

Nationale bestemmelser

Den generelle organisering af erhvervet som notar

- 10 Notarer udøver deres virksomhed som liberalt erhverv i den tyske retsorden bortset fra i delstaten Baden-Württemberg. Organiseringen af erhvervet som notar er reguleret i den tyske forbundslov om notarer (Bundesnotarordnung) af 24. februar 1961 (BGBl. 1961 I, s. 97), som ændret ved sjette lov om ændring af forbundslov om notarer (Sechstes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung) af 15. juli 2006 (BGBl. 2006 I, s. 1531, herefter »BNotO«).
- 11 Notarer udnævnes i henhold til BNotO's § 1 af delstaterne til uafhængige offentlige embedsmænd, der varetager funktionen med bekræftelse af dokumenter og andre opgaver inden for forebyggende retspleje.
- 12 BNotO's § 4, første punktum, bestemmer, at der udpeges det antal notarer, der er nødvendigt for at sikre en god retspleje.
- 13 Notaren får i henhold til BNotO's § 10, stk. 1, første punktum, og stk. 2, første punktum, tildelt et bestemt sted som sæde for sin virksomhed, hvor den pågældende skal have sit forretningssted. Udøvelsen af notarens virksomhed er i princippet begrænset til et bestemt område i henhold til BNotO's §§ 10a og 11.

- 14 I henhold til BNotO's § 17, stk. 1, første punktum, modtager notaren honorar, der er fastsat ved loven, for sine ydelser.
- 15 I overensstemmelse med BNotO's § 19, stk. 1, er notaren eneansvarlig for dokumenter, der oprettes i forbindelse med hans erhvervsvirksomhed, idet et ansvar for staten er udelukket i den forbindelse.
- 16 I delstaten Baden-Württemberg udøves notarfunktionen på Badens område i overensstemmelse med den mulighed, der er fastsat i BNotO's § 115, stk. 1, af »Notare im Landesdienst« (notarvirksomhed for delstaten), som er tjenestemænd, der er ansat af delstaten. I den øvrige del af Forbundsrepublikken Tyskland, og afhængigt af delstaten, udøver notarer i medfør af BNotO's § 3 erhvervet alene eller forener det med advokaterhvervet (»Anwaltsnotare«).
- 17 Notarhvervet kan i henhold til BNotO's § 5 alene udøves af tyske statsborgere.

Notarvirksomheden

- 18 I henhold til BNotO's § 20, stk. 1, første punktum, har notaren kompetence til at foretage enhver form for bekræftelse samt attestering af signaturers, underskrifters og kopiers rigtighed. Notarens medvirken kan være obligatorisk eller fakultativ, afhængigt af det dokument, der skal bekræftes notarielt. Ved sin medvirken konstaterer notaren, at alle gældende lovkrav med henblik på aftalens opfyldelse er opfyldt, samt at parterne har rets- og handleevne.

- 19 I henhold til artikel 17, stk. 1, i lov om bekræftelse af dokumenter (Beurkundungsgesetz) af 28. august 1969 (BGBl. 1969 I, s. 1513), som ændret ved lov af 23. juli 2002 (BGBl. 2002 I, s. 2850), skal notaren undersøge de berørte parterers vilje, afklare de faktiske omstændigheder, informere parterne om rækkevidden af den omhandlede retsakt og udarbejde en klar og utvetydig skriftlig affattelse af parternes erklæringer med henblik på at undgå fejl og tvivl, og at en uerfaren part stilles dårligt.
- 20 I medfør af lovens § 4, som ændret, skal notaren nægte bekræftelse, når denne ikke er forenelig med dennes embedspligter, navnlig når notaren anmodes om at medvirke til at nå et mål, der er åbenbart ulovligt eller uhæderligt.
- 21 § 286 i lov om civil retspleje (Zivilprozessordnung) i den affattelse, der blev offentliggjort den 5. december 2005 (BGBl. 2005 I, s. 3202, og berigtigelse BGBl. 2006 I, s. 431, og BGBl. 2007 I, s. 1781, herefter »ZPO«), anerkender princippet om dommernes frie bevisvurdering.
- 22 ZPO's § 415, stk. 1, der findes i denne lovs bog 2, kapitel 1, afsnit 9 med overskriften »Dokumentbeviser«, bestemmer, at de dokumenter, der er oprettet i den form, som er foreskrevet af en offentlig myndighed inden for rammerne af dens kompetence eller af en person, der officielt har fået tildelt denne kompetence, inden for rammerne af den virksomhed, den pågældende udfører, dvs. bekræftede dokumenter, for så vidt som de er oprettet i forbindelse med erklæringer, der er afgivet for myndigheden eller en person, der er officielt bemyndiget til at oprette dokumentet, udgør et fuldgyldigt bevis for den transaktion, der er bekræftet af den omhandlede myndighed eller person. Ifølge ZPO's § 415, stk. 2, er det i princippet muligt at føre bevis for, at denne transaktion blev urigtigt bekræftet.

- 23 Endvidere bestemmer ZPO's § 418, stk. 1, at de bekræftede dokumenter, der har et andet indhold end de i § 415 nævnte dokumenter, udgør et fuldgyldigt bevis for faktiske omstændigheder, som de bekræfter, såfremt udsagnet er baseret på en personlig iagttagelse, der er gjort af den offentlige myndighed eller den officielt bemyndigede person. Ifølge ZPO's § 418, stk. 2, er det i princippet muligt at føre bevis for, at de bekræftede faktiske omstændigheder er urigtige.
- 24 Inden for civilretten bestemmer artikel 125 i civillovbogen (Bürgerliches Gesetzbuch) i den affattelse, der blev offentliggjort den 2. januar 2002 (BGBl. 2002 I, s. 42, og berigtigelse BGBl. 2002 I, s. 2909, og BGBl. 2003 I, s. 738), at manglende overholdelse af den form, der ved lov er foreskrevet for en retsakt, medfører, at retsakten er ugyldig.
- 25 I denne sammenhæng skal visse transaktioner indgås ved hjælp af notaren, da de ellers er ugyldige. Det drejer sig bl.a. om aftaler om erhvervelse eller overdragelse af ejendomsretten til et grundstykke og om overdragelse af bestående formue, gavetilsagn, ægtepagter, aftaler om fremtidig arv og aftaler om afkald på arv eller tvangsarv.
- 26 I Bayern kan de notarer, der har hjemsted i denne delstat, i medfør af § 1, stk. 1, første punktum, i lov om gennemførelse af lov om registreret partnerskab (Gesetz zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes) af 26. oktober 2001 (Bayerisches GVBl., s. 677), som ændret ved lov af 10. december 2005 (Bayerisches GVBl., s. 586, herefter »AGLPartG«), bekræfte dokumenter om indgåelse af registreret partnerskab mellem personer af samme køn. Ifølge bestemmelserne i AGLPartG's § 2 underretter notaren den kompetente civilstandsmyndighed om indgåelsen af et sådant partnerskab, hvorefter denne myndighed har ansvaret for at registrere partnerskabet i det civilstandsregister, som den administrerer.
- 27 Inden for selskabsretten bestemmer § 23, stk. 1, første punktum, § 30, stk. 1, og § 130, stk. 1, første punktum, i lov om aktieselskaber (Aktiengesetz) af 6. september 1965

(BGBl. 1965 I, s. 1086), som ændret ved lov af 22. september 2005 (BGBl. 2005 I, s. 2802), at der kræves notariel bekræftelse af vedtægterne for et aktieselskab, af den første udpegelse af bestyrelsen for et nystiftet aktieselskab og af beslutninger, som vedtages på et sådant selskabs generalforsamling. § 2, stk. 1, første punktum, og § 53, stk. 2, første punktum, i lov om selskaber med begrænset ansvar (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. 1898, s. 846), som ændret ved lov af 4. juli 1980 (BGBl. 1980 I, s. 836), foreskriver notarattestering for så vidt angår indgåelse og ændring af en aftale, der stifter et selskab med begrænset ansvar. Enhver omdannelse af juridiske personer eller enheder gennem fusion, udskillelse af aktiver eller ændring af selskabsformen skal ligeledes være genstand for et notaroprettet dokument i medfør af § 6, § 163, stk. 3, og § 193, stk. 3, første punktum, i lov om selskabsomdannelse (Umwandlungsgesetz) af 28. oktober 1994 (BGBl. 1994 I, s. 3210, og berigtigelse BGBl. 1995 I, s. 428).

- 28 I henhold til ZPO's § 794, stk. 1, nr. 5, finder tvangsfuldbyrdelse under visse omstændigheder sted på grundlag af bekræftede dokumenter, der er oprettet af en tysk notar i den foreskrevne form inden for rammerne af notarens kompetence, såfremt debitor i det bekræftede dokument har undergivet sig umiddelbar tvangsfuldbyrdelse, for så vidt angår det omhandlede krav.
- 29 I medfør ZPO's § 797, stk. 2, udsteder notaren, der opbevarer det bekræftede dokument, fuldbyrdelsesgenparter heraf.
- 30 Søgsmål til prøvelse af fuldbyrdelsespåtegningen, der er omhandlet i ZPO's § 797, stk. 3, kan omfatte formelle og materielle klagepunkter mod denne påtegning. Det krav, der er fastslået i det omhandlede bekræftede dokument, kan ligeledes i medfør af ZPO's § 797, stk. 4, anfægtes under en sag til prøvelse af tvangsfuldbyrdelsen.

Den administrative procedure

- 31 Kommissionen har modtaget en klage for så vidt angår nationalitetskravet med henblik på adgang til erhvervet som notar i Tyskland. Efter at have undersøgt denne klage, tilsendte Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland en åbningsskrivelse den 8. november 2000, hvori Kommissionen bl.a. opfordrede Forbundsrepublikken Tyskland til inden en frist på to måneder at fremsætte sine bemærkninger om dels det nævnte nationalitetskravs overensstemmelse med artikel 45, stk. 1, EF, dels den manglende gennemførelse af direktiv 89/48 for så vidt angår erhvervet som notar.
- 32 Ved skrivelse af 20. marts 2001 besvarede Forbundsrepublikken Tyskland denne åbningsskrivelse.
- 33 Kommissionen fremsendte den 10. juli 2002 en supplerende åbningsskrivelse til denne medlemsstat, hvori den gjorde gældende, at medlemsstaten havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF samt direktiv 89/48.
- 34 Forbundsrepublikken Tyskland besvarede Kommissionens supplerende åbningsskrivelse ved skrivelse af 31. oktober 2002.
- 35 Da Kommissionen ikke fandt Forbundsrepublikken Tysklands argumenter overbevisende, fremsendte den den 18. oktober 2006 en begrundet udtalelse til denne medlemsstat, hvori den konkluderede, at medlemsstaten havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF samt direktiv 89/48. Kommissionen opfordrede den pågældende medlemsstat til at træffe de nødvendige foranstaltninger til at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra dens meddelelse.

- 36 Ved skrivelse af 18. december 2006 har Forbundsrepublikken Tyskland redegjort for grundene til, at den mener, at Kommissionens standpunkt er ubegrundet
- 37 På dette grundlag besluttede Kommissionen at anlægge nærværende sag.

Om søgsmålet

Første klagepunkt

Parternes argumenter

- 38 Med sit første klagepunkt har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet den har forbeholdt adgangen til erhvervet som notar for sine egne statsborgere.
- 39 Denne institution har indledningsvis anført, at adgangen til erhvervet som notar i visse medlemsstater ikke er undergivet noget krav om nationalitet, og at dette krav er blevet ophævet i andre medlemsstater, såsom Kongeriget Spanien, Den Italienske Republik og Den Portugisiske Republik.

- 40 Kommissionen har for det første henvist til, at artikel 43 EF er en af de grundlæggende bestemmelser i EU-retten, som har til formål at sikre, at statsborgere fra en medlemsstat, som, selv sekundært, vil etablere sig i en anden medlemsstat med henblik på at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed dér, behandles efter samme regler som landets egne statsborgere, og forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.
- 41 Denne institution samt Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland har gjort gældende, at artikel 45, stk. 1, EF skal fortolkes selvstændigt og ensartet (dom af 15.3.1988, sag 147/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1637, s. 8). For så vidt som bestemmelsen foreskriver en undtagelse til etableringsfriheden for virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, bør denne artikel desuden fortolkes strengt (dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, præmis 43).
- 42 Undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF bør således begrænses til virksomhed, som i sig selv er direkte og specifikt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed (Reynersdommen, præmis 44 og 45). Ifølge Kommissionen indebærer begrebet offentlig myndighed udøvelsen af en vidtgående beslutningsbeføjelse, der falder uden for almindelig ret og kommer til udtryk i evnen til at handle uafhængigt af andre retssubjekters vilje eller endog imod denne vilje. Navnlig kommer offentlig myndighed i henhold til Domstolens praksis til udtryk ved udøvelsen af tvangsbeføjelser (dom af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, præmis 37).
- 43 Efter Kommissionens og Det Forenede Kongeriges opfattelse bør der sondres mellem virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, og virksomhed, der udøves i almenhedens interesse. Diverse erhverv er således tildelt særlige kompetencer i almenhedens interesse, uden at der herved er tale om udøvelse af offentlig myndighed.

- 44 Virksomhed i form af bistand og samarbejde i forhold til den offentlige myndigheds funktion er heller ikke omfattet af anvendelsesområdet for artikel 45, stk. 1, EF (jf. i denne retning dom af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047, præmis 22).
- 45 Kommissionen og Det Forenede Kongerige har desuden henvist til, at artikel 45, stk. 1, EF i princippet omfatter bestemte former for virksomhed og ikke et helt erhverv, medmindre de pågældende former for virksomhed ikke kan udskilles fra resten af den virksomhed, der udøves i dette erhverv.
- 46 Kommissionen har for det andet undersøgt de forskellige former for virksomhed, som en notar udfører i den tyske retsorden.
- 47 Hvad angår bekræftelsen af dokumenter og aftaler har Kommissionen gjort gældende, at notaren begrænser sig til at vidne om parternes vilje, efter at have rådgivet parterne, og at give denne vilje retsvirkninger. Inden for rammerne af denne virksomhed har notaren ikke nogen beslutningsbeføjelse i forhold til parterne.
- 48 Den omstændighed, at denne virksomhed i den tyske lovgivning anses for henhørende under den forebyggende retspleje, ændrer ikke ved denne vurdering, eftersom notarerne ikke deltager i udøvelse af offentlig myndighed, da de ikke har kompetence til at gennemtvinge afgørelser.
- 49 Notarens bekræftelse er således ikke andet end en stadfæstelse af en aftale, der allerede er indgået mellem disse parter. Det forhold, at visse retsakter obligatorisk skal bekræftes, er uden relevans, eftersom talrige procedurer er obligatoriske uden at være udtryk for udøvelse af offentlig myndighed.

- 50 Det samme gælder for så vidt angår de særlige egenskaber ved den bevisordning, der er knyttet til dokumenter oprettet for notar, idet en tilsvarende beviskraft også er knyttet til andre dokumenter, der ikke er omfattet af udøvelsen af offentlig myndighed, såsom de rapporter, der udarbejdes af autoriserede landbetjente, skovfogeder, jagtbetjente og fiskeribetjente. Det forhold, at notaren ifalder ansvar ved udarbejdelsen af dokumenter, der oprettes ved en notar, er heller ikke relevant. Dette er således tilfældet for så vidt angår hovedparten af selvstændige erhvervsdrivende såsom advokater, arkitekter eller læger.
- 51 Hvad angår eksigibiliteten af bekræftede dokumenter har Kommissionen anført, at forsyning med fuldbyrdelsespåtegning sker på trinnet forud for den egentlige fuldbyrdelse, uden at være en del heraf. Eksigibiliteten giver således ikke notarerne nogen tvangsbeføjelser. Desuden skal enhver eventuel indsigelse gøres gældende for retten og ikke for notaren.
- 52 Den juridiske rådgivning, der som regel er forbundet med bekræftelsen, og som udføres af notaren i den tyske retsorden, udgør heller ikke deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed.
- 53 Efter Kommissionens opfattelse har notarerne til forskel fra medarbejdere med ansvar for civilstandsregistret som hovedregel ikke til opgave at oprette eller ændre en civilstand, men at fastlægge fordelingen af goder mellem parterne. De opgaver, som notarerne i Bayern er tillagt på området for registreret partnerskab mellem personer af samme køn, gør det ikke på nogen måde muligt at udlede noget med hensyn til den EU-retlige vurdering af notarers kvalificerede deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed.
- 54 Kommissionen har for det tredje, i lighed med Det Forenede Kongerige, gjort gældende, at de EU-retlige bestemmelser, der indeholder henvisninger til erhvervet som notar, ikke har betydning for anvendelsen af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF på dette erhverv.

- 55 Hvad angår Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT 2001 L 12, s. 1) og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 805/2004 af 21. april 2004 om indførelse af et europæisk tvangsfuldbyrdesdokument for ubestridte krav (EUT L 143, s. 15) er Kommissionen nemlig af den opfattelse, at disse forordninger begrænser sig til at fastsætte en forpligtelse for medlemsstaterne til at anerkende og fuldbyrde retsakter, der er eksigible i en anden medlemsstat.
- 56 Endvidere er Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE) (EFT L 294, s. 1), Rådets forordning (EF) nr. 1435/2003 af 22. juli 2003 om statut for det europæiske andelsselskab (SCE) (EUT L 207, s. 1), samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar (EUT L 310, s. 1) ikke relevante for afgørelsen af den foreliggende tvist, eftersom de begrænser sig til at tildele notarer, samt andre kompetente myndigheder, der er udpeget af medlemsstaterne, opgaven med at attestere, at visse handlinger og formaliteter, der kræves for flytning af et selskabs hjemsted og stiftelse og fusion af selskaber, er afsluttet.
- 57 Hvad angår spørgsmålet om Europa-Parlamentets beslutning af 23. marts 2006 om juridiske erhverv og samfundets interesse i et velfungerende retssystem (EUT C 292E, s. 105, herefter »beslutning 2006«) er der tale om et rent politisk dokument, hvis indhold er tvetydigt, eftersom Europa-Parlamentet i denne beslutnings punkt 17 bekræfter, at artikel 45 EF bør finde anvendelse på erhvervet som notar, mens det i punkt 2 heri bekræfter formuleringen i sin beslutning af 18. januar 1994 om notar erhvervs situation og struktur i Fællesskabets 12 medlemsstater (EFT C 44, s. 36, herefter »beslutning 1994«), hvori det udtrykte sit ønske om, at nationalitetskravet for adgang til erhvervet som notar, der var fastsat i flere medlemsstaters lovgivning, ville blive ophævet.

- 58 Kommissionen og Det Forenede Kongerige har tilføjet, at den sag, der lå til grund for dommen af 30. september 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (sag C-405/01, Sml. I, s. 10391), hvortil flere medlemsstater har henvist i deres skriftlige indlæg, vedrørte skibsførere og overstyrmænd på handelsskibes udøvelse af en lang række sikkerheds- og politimæssige funktioner samt bemyndigelse til at foretage notar- eller registreringsfunktioner. Domstolen har således ikke haft lejlighed til i detaljer at tage stilling til de forskellige former for virksomhed, der udøves af notarer i lyset af artikel 45, stk. 1, EF. Følgelig er den nævnte dom ikke tilstrækkelig til, at det kan konkluderes, at denne bestemmelse finder anvendelse på notarer.
- 59 I modsætning til hvad Forbundsrepublikken Tyskland har anført, sondres der i Domstolens retspraksis desuden mellem notarer og offentlige myndigheder, idet Domstolen anerkender, at et bekræftet dokument kan være attesteret af en offentlig myndighed eller et andet bemyndiget organ (dom af 17.6.1999, sag C-260/97, *Unibank*, Sml. I, s. 3715, præmis 15 og 21).
- 60 Forbundsrepublikken Tyskland har, støttet af Republikken Bulgarien, Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Den Franske Republik, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Østrig, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik, gjort gældende, at notarer deltager i udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF.
- 61 Forbundsrepublikken Tyskland er i lighed med Kommissionen af den opfattelse, at begrebet »offentlig myndighed« som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF skal fortolkes selvstændigt, og at dette begreb skal fortolkes strengt. Forbundsrepublikken Tyskland og Republikken Estland, Republikken Polen og Den Slovakiske Republik finder imidlertid, at udøvelsen af videregående beføjelser og beføjelsen til at udøve tvang samt den omstændighed, at der findes et hierarkisk forhold med borgerne, ikke udgør de eneste former for udøvelse af offentlig myndighed. Republikken Letland har ligeledes

bemærket, at deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed ikke alene er begrænset til at træffe afgørelser uafhængigt af de berørtes vilje.

- 62 Ifølge Forbundsrepublikken Tyskland kan andre opgaver ligeledes være omfattet af begrebet udøvelse af offentlig myndighed, når de er karakteriseret ved særlige ansvarsområder i forhold til borgerne, når de ikke blot er af forberedende eller teknisk art, men bindende over for den myndighed, der træffer afgørelserne, og når de ikke alene varetages lejlighedsvis.
- 63 Forbundsrepublikken Tyskland er af den opfattelse, at de opgaver, der er tillagt notarer i den tyske retsorden, kan henføres under den »forebyggende retspleje«, der har en supplerende funktion i forhold til retsplejen med hensyn til retstvister. Notarerne opretholder ved varetagelsen af deres opgaver en holdning over for parterne, der er ligeså objektiv og neutral, som en normal ret, der skal træffe afgørelse i en tvist.
- 64 Alle de opgaver, der er tillagt notarer i den tyske retsorden, medfører virkninger for borgerne. Endvidere er den virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, ikke af lejlighedsvis karakter, men en vigtig del af notarernes virksomhed.
- 65 Opgaverne inden for den forebyggende retspleje er således overført fra staten til notarerne med henblik på at aflaste retterne, bortset fra delstaten Baden-Württemberg, hvor staten fortsat selv varetager disse opgaver. Gennem bekræftelsen af et dokument eller en aftale afgør notaren endeligt og bindende spørgsmålet, om et juridisk dokument, der er undergivet en formel betingelse, er antaget under de betingelser, som parterne ønsker. Inden bekræftelsen kontrollerer notaren, om de almindelige betingelser er opfyldt, og underretter uvildigt parterne om dokumentets retlige virkninger. Notaren kontrollerer endvidere lovligheden af det af parterne aftalte.

- 66 Et dokument, der er oprettet for notar, er endvidere forsynet med en beviskraft, der ifølge Forbundsrepublikken Tyskland forpligter retterne ved deres bevisbedømmelse.
- 67 Hvad angår udarbejdelsen af tvangsfuldbyrdsdokumenter og fuldbyrdspligtningen har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at aftaler, der er oprettet af en notar, i den tyske retsorden er tvangsfuldbyrdsdokumenter, og tvangsfuldbyrdelse heraf kan opnås på grundlag af en fuldbyrdspligtning, der er godkendt af notaren uden en rets mellemkomst.
- 68 Bekræftelsen af et dokument eller en aftale medfører ifølge Forbundsrepublikken Tyskland en bindende aftale, der, hvis debitor i et sådant dokument eller en sådan aftale underkaster sig en umiddelbar tvangsfuldbyrdelse, svarer til en dom, som har opnået retskraft.
- 69 Inden for rammerne af en tvangsfuldbyrdelse, der iværksættes på grundlag af et notaroprettet dokument og en notars fuldbyrdspligtning, er fuldbyrdsmyndigheden endvidere bundet af konstateringerne vedrørende det krav, der er indeholdt i det nævnte dokument og af fuldbyrdspligtningen. Udarbejdelsen af et tvangsfuldbyrdsdokument og godkendelsen af fuldbyrdspligtningen indbefatter således udøvelse af særlige beføjelser med hensyn til borgerne, uafhængig af deres vilje, hvorved parterne imidlertid kan gøre indsigelse mod fuldbyrdelsen og anfægte lovligheden af den nævnte pligtning.
- 70 Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere gjort gældende, at notarerne i Bayern er bemyndigede til forestå indgåelsen af registreret partnerskab mellem personer af samme køn.
- 71 De EU-retlige retsakter, der er nævnt i denne doms præmis 55 og 56, indplacerer desuden dokumenter, der er oprettet for notar, på samme niveau som retsafgørelser.

- 72 Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Estland, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Østrig, Republikken Polen og Republikken Slovenien har ligeledes gjort gældende, at Domstolen i dommen i sagen *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* i forbindelse med artikel 39, stk. 4, EF kvalificerede de notaropgaver, som udførtes af kaptajner på spanske skibe, som deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed. Det fremgår desuden af Unibank-dommen, at oprettelse af bekræftede dokumenter, der foretages af en person, der er bemyndiget til officielt at bekræfte dokumenter, såsom en notar, er direkte og specifikt forbundet med udøvelse af offentligt myndighed.

Domstolens bemærkninger

— Indledende bemærkninger

- 73 Med sit første klagepunkt foreholder Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland at hindre adgangen for statsborgere fra andre medlemsstater til at etablere sig med henblik på at udøve erhvervet som notar på dets område ved i strid med artikel 43 EF at forbeholde adgangen til dette erhverv for sine egne statsborgere.
- 74 Dette klagepunkt knytter sig således alene til det nationalitetskrav, der er fastsat i den omhandlede tyske lovgivning for adgangen til det nævnte erhverv, med hensyn til artikel 43 EF.
- 75 Det skal følgelig præciseres, at dette klagepunkt hverken vedrører notarers status og organisation i den tyske retsorden eller andre betingelser for adgangen til erhvervet som notar i denne medlemsstat end nationalitetskravet.

- 76 Indledningsvis skal det, i lighed med det af Kommissionen under retsmødet anførte, bemærkes, at det første klagepunkt heller ikke vedrører anvendelsen af EF-traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser.
- 77 Tilsvarende vedrører klagepunktet ikke den notarvirksomhed, der udøves af »Notare im Landesdienst« i delstaten Baden-Württemberg, som er tjenestemænd, der er ansat af delstaten, da anvendelsen af traktatens bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed ikke er genstand for klagepunktet.

— Realiteten

- 78 Det skal først bemærkes, at artikel 43 EF er en af de grundlæggende bestemmelser i EU-retten (jf. i denne retning bl.a. Reyners-dommen, præmis 43).
- 79 Begrebet etablering i denne bestemmelses forstand er et meget vidt begreb, som for en EU-statsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og drage fordel deraf, hvorved der inden for Unionen sker en begunstiggelse af det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed (jf. bl.a. dom af 22.12.2008, sag C-161/07, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 10671, præmis 24).
- 80 Etableringsfriheden, der gælder for statsborgere i en medlemsstat på en anden medlemsstats område, indebærer bl.a. adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere (jf. bl.a. dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 13, og i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod

Østrig, præmis 27). Med andre ord forbyder artikel 43 EF, at en medlemsstat i sin lovgivning for personer og selskaber, som udnytter retten til at etablere sig dér, fastsætter vilkår for deres udøvelse af virksomhed, som adskiller sig fra de vilkår, der er fastsat for landets egne statsborgere (dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 28).

- 81 Formålet med artikel 43 EF er således at sikre, at statsborgere fra en medlemsstat, som etablerer sig i en anden medlemsstat med henblik på at udøve selvstændig erhvervs- virksomhed dér, behandles efter samme regler som landets egne statsborgere, og den forbyder enhver form for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som f.eks. at de nationale lovgivninger indeholder restriktioner med hensyn til etableringsfriheden (dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 14).
- 82 I det foreliggende tilfælde forbeholder den anfægtede nationale lovgivning imidlertid adgangen til erhvervet som notar for tyske statsborgere, hvorved der skabes en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som i princippet er forbudt i henhold til artikel 43 EF.
- 83 Forbundsrepublikken Tyskland har imidlertid gjort gældende, at notarvirksomhed ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF, eftersom notarere deltager i udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF. Der skal følgelig først tages stilling til rækkevidden af begrebet udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i denne sidstnævnte bestemmelse, og det skal herefter undersøges, om de opgaver, der er tillagt notarere i den tyske retsorden, er omfattet af dette begreb.
- 84 Hvad angår begrebet »udøvelse af offentlig myndighed« som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF bemærkes, at der ved vurderingen heraf ifølge fast retspraksis skal tages hensyn til, at de ved denne artikel fastsatte begrænsninger i undtagelserne til denne frihed har EU-karakter, for at undgå, at den effektive virkning af traktaten på området for etableringsfriheden undergraves af ensidige beslutninger, der træffes af

medlemsstaterne (jf. i denne retning Reyners-dommen, præmis 50, dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 8, og dom af 22.10.2009, sag C-438/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 10219, præmis 35).

- 85 Det følger ligeledes af fast retspraksis, at artikel 45, stk. 1, EF er en undtagelse fra den grundlæggende regel om etableringsfrihed. Som sådan skal denne undtagelse fortolkes således, at dens rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendigt for at varetage de interesser, som bestemmelserne tillader medlemsstaterne at beskytte (dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 7, dom af 30.3.2006, sag C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, Sml. I, s. 2941, præmis 45, og domme af 29.11.2007, sag C-393/05, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 10195, præmis 35, og sag C-404/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 10239, præmis 37 og 46, samt dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 34).
- 86 Endvidere har Domstolen gentagne gange fastslået, at den undtagelse, der er fastsat i artikel 45, stk. 1, EF, skal begrænses til virksomhed, som i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed (Reyners-dommen, præmis 45, Thijssen-dommen, præmis 8, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 35, i sagen *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, præmis 46, i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36).
- 87 I denne henseende har Domstolen haft anledning til at fastslå, at visse former for virksomhed, der er vejledende eller forberedende i forhold til udførelsen af offentlig myndighed (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 22, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 38, i sagen *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, præmis 47, i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36), eller visse former for virksomhed, hvis udøvelse, selv om den indebærer selv regelmæssig og organisk kontakt med de administrative myndigheder eller retterne, ja endog obligatorisk deltagelse i deres funktion, ikke berører disse myndigheders skøn og den frie udøvelse af den dømmende magt (jf. i denne retning Reyners-dommen, præmis 51 og 53) eller endvidere visse former for virksomhed, der ikke omfatter udøvelse af beslutningsbeføjelser (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 21 og 22, dommen af 29.11.2007 i sagen Kommissionen

mod Østrig, præmis 36 og 42, samt dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38 og 44, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36 og 41), tvang (jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 37) eller tvangsbeføjelser (jf. i denne retning dom af 30.9.2003, sag C-47/02, Anker m.fl., Sml. I, s. 10447, præmis 61, og dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 44), ikke er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF.

- 88 Det skal i lyset af ovenstående betragtninger undersøges, om de opgaver, der er tilagt notarere i den tyske retsorden, er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.
- 89 For at kunne besvare dette spørgsmål må der tages hensyn til karakteren af den virksomhed, der udøves af medlemmerne af dette erhverv (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 9).
- 90 Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen er enige om, at notarers hovedvirksomhed i den tyske retsorden, som skal behandles indledningsvis, består i at oprette bekræftede dokumenter under iagttagelse af de nødvendige formforskrifter. Med henblik herpå undersøger notaren bl.a., at alle lovbestemte betingelser for at oprette dokumentet er opfyldt. Det bekræftede dokument har desuden beviskraft og er eksigibelt.
- 91 Det bemærkes i denne henseende, at det ifølge tysk ret er dokumenter og aftaler, som parterne frit har indgået, der bekræftes. Parterne bestemmer selv, inden for lovgivningens grænser, rækkevidden af deres rettigheder og forpligtelser og vælger frit de betingelser, de ønsker, skal gælde, når de fremlægger et dokument eller en aftale til bekræftelse for notaren. Sidstnævntes medvirken forudsætter således, at der allerede foreligger samtykke eller viljesoverensstemmelse mellem parterne.

- 92 Notaren kan desuden ikke på egen hånd ændre den aftale, han skal bekræfte, uden først at have indhentet parternes samtykke.
- 93 Den opgave med bekræftelse af dokumenter, som er tillagt notaren, indebærer således ikke som sådan en deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF.
- 94 Den omstændighed, at visse dokumenter eller visse aftaler obligatorisk skal bekræftes for at være gyldige, ændrer ikke denne konklusion. Det er således sædvanligt, at diverse dokumenters gyldighed i de nationale retsordener og efter de dér fastsatte fremgangsmåder, er betinget af iagttagelsen af formkrav eller endvidere obligatoriske bekræftelsesprocedurer. Denne omstændighed kan således ikke støtte det synspunkt, Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende.
- 95 Notarernes pligt til, inden et dokument eller en aftale bekræftes, at kontrollere, at alle lovbestemte betingelser for oprettelse af dette dokument eller denne aftale er opfyldt, og, såfremt dette ikke er tilfældet, at nægte at udstede en bekræftelse, kan heller ikke ændre ovenstående konklusion.
- 96 Notaren udøver ganske vist, således som Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, denne kontrol ud fra et alment hensyn, nemlig hensynet til at sikre lovligheden og retssikkerheden for dokumenter, der udformes mellem private. Forfølgelsen af dette formål alene kan imidlertid ikke begrunde, at de nødvendige prærogativer med henblik herpå forbeholdes notarer, der er statsborgere i den pågældende medlemsstat.
- 97 Det at forfølge et alment hensyn er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at en bestemt virksomhed kan anses for en direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed. Det er ubestridt, at den virksomhed, der udøves inden for rammerne af diverse lovregulerede erhverv, ofte i de nationale retsordener omfatter en forpligtelse

for de personer, der udøver disse erhverv, til at forfølge et sådant mål, uden at deres virksomhed derved må anses for udøvelse af en sådan offentlig myndighed.

- 98 Imidlertid er det forhold, at notarvirksomhed forfølger formål af almen interesse, som bl.a. er at garantere lovligheden og retssikkerheden med hensyn til dokumenter, der oprettes mellem private, et tvingende alment hensyn, som kan begrunde eventuelle begrænsninger for artikel 43 EF, som udspringer af de særlige egenskaber for notarvirksomhed, såsom de rammer, der gælder for notarer i kraft af de ansættelsesprocedurer, der gælder for dem, begrænsning i deres antal og deres stedlige kompetence, eller endvidere reglerne for deres vederlag, uafhængighed, uforenelighed og uafsættelighed, for så vidt som disse begrænsninger gør det muligt og er nødvendige for at opnå disse formål.
- 99 Det er ligeledes korrekt, at notaren skal afvise at bekræfte et dokument eller en aftale, der ikke opfylder de lovbestemte betingelser, uanset parternes vilje. Efter et sådant afslag kan parterne imidlertid frit vælge, hvorledes den konstaterede ulovlighed skal udbedres, enten ved at ændre dokumentet eller aftalens indhold, eller ved at afstå fra dette dokument eller denne aftale.
- 100 Hvad angår den beviskraft og eksigibilitet, der er knyttet til dokumenter oprettet for notar, kan det ikke bestrides, at de giver disse dokumenter betydelige retsvirkninger. Imidlertid er det forhold, at en bestemt virksomhed omfatter oprettelse af dokumenter, der har disse virkninger, ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at denne virksomhed må anses for direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF.
- 101 Hvad navnlig angår den beviskraft, der er knyttet til dokumenter oprettet for notar, skal det præciseres, at den udspringer af den bevisordning, der er fastsat i lovgivningen i den omhandlede retsorden. ZPO's §§ 415 og 418, som giver bekræftede dokumenter

beviskraft, findes i afsnit 9 med overskriften »Dokumentbeviser« i denne lovs bog 2, kapitel 1. Den beviskraft, der tillægges et bestemt dokument ved lov, har således ikke direkte betydning for spørgsmålet, om virksomheden med hensyn til udarbejdelsen af dette dokument i sig selv udgør direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed, således som det kræves efter retspraksis (jf. i denne retning, Thijssendommen, præmis 8, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 35).

- 102 Endvidere er det, som det særligt fremgår af ZPO's §§ 415, stk. 2, og 418, stk. 2, muligt at føre bevis for, at den transaktion, der er genstand for en bekræftelse, er blevet ukorrekt bekræftet, eller at de bekræftede faktiske omstændigheder er urigtige.
- 103 Det kan derfor ikke med rette gøres gældende, at et dokument oprettet for notar som følge af sin beviskraft, ubetinget forpligter retten i udøvelsen af skønsbeføjelsen, eftersom det er ubestridt, at retten træffer afgørelse efter sin inderste overbevisning og under hensyn til samtlige faktiske omstændigheder og beviser, der er indsamlet under retssagen. Princippet om retternes frie bevisbedømmelse er udtrykkeligt fastsat i ZPO's § 286.
- 104 Hvad angår eksigibiliteten af et bekræftet dokument, skal det, således som Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, bemærkes, at bekræftelsen gør det muligt at fuldbyrde den forpligtelse, der er fastsat i dokumentet, uden forudgående deltagelse fra retten.
- 105 Denne eksigibilitet af et bekræftet dokument giver imidlertid ikke notarerne beføjelser, der indebærer en direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed. Eksigibiliteten af et dokument oprettet for notar er nemlig, som det fremgår af ZPO's § 794, stk. 1, nr. 5, bl.a. betinget af debtors samtykke til en eventuel tvangsfuldbyrdelse af denne akt, uden at der først indledes en retssag. Det følger heraf, at et dokument oprettet for notar, ikke er eksigibelt uden debtors samtykke. Selv om notarens forsyning af det bekræftede dokument med fuldbyrdelsespåtegning således giver dette

dokument eksigibilitet, udspringer den af parternes ønske om at oprette et dokument eller en aftale, efter at have undersøgt deres lovkonformitet hos notaren, og om at give det eller den denne eksigibilitet.

- 106 De ovenstående betragtninger finder tilsvarende anvendelse på transaktioner, der skal indgås ved hjælp af notaren, da de ellers er ugyldige, navnlig aftaler om erhvervelse eller overdragelse af ejendomsretten til et grundstykke og om overdragelse af en bestående formue, gavetilsagn, ægtepagter, aftaler om fremtidig arv samt aftaler om afkald på arv eller tvangsarv.
- 107 Samme betragtninger gør sig i øvrigt gældende, for så vidt angår notarens medvirken på selskabsretsområdet, der er beskrevet i denne doms præmis 27.
- 108 Forbundsrepublikken Tyskland kan endvidere ikke støtte sin opfattelse på den kompetence, som alene notarerne i delstaten Bayern er tillagt til at bekræfte dokumenter om indgåelse af registreret partnerskab mellem personer af samme køn, eftersom det bortset fra det allerede anførte fremgår af bestemmelserne i AGLPartG's § 2, at et sådant partnerskab for at få virkning endvidere skal registreres i civilstandsregistret af den kompetente civilstandsmyndighed, der desuden har ansvaret for administrationen af det nævnte register.
- 109 For det andet, for så vidt angår notarers særlige status i den tyske retsorden, er det tilstrækkeligt at bemærke, at det, således som det fremgår af denne doms præmis 86 og 89, er med hensyn til arten af den pågældende virksomhed isoleret set, og ikke denne status som sådan, at det skal undersøges, om denne virksomhed er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF.

- 110 Der bør dog foretages to præciseringer i denne henseende. For det første er det ubestridt, at det står parterne frit for at vælge en notar. Selv om det er korrekt, at notarers vederlag er lovbestemt, gælder det ikke desto mindre, at kvaliteten af de ydelser, der leveres, kan variere fra én notar til en anden alt efter bl.a. den pågældende persons faglige kundskaber. Det følger heraf, at notarer, inden for rammerne af deres respektive stedlige kompetence, således som generaladvokaten har anført i punkt 18 i forslaget til afgørelse, udøver deres virksomhed under konkurrencemæssige betingelser, hvilket ikke er kendetegnende for udøvelse af offentlig myndighed.
- 111 Det bemærkes for det andet, at notaren i henhold til BNotO's § 19, stk. 1, er eneansvarlig for de dokumenter, der oprettes i forbindelse med hans erhvervsvirksomhed.
- 112 For det tredje ændrer Forbundsrepublikken Tysklands henvisning til visse EU-retsakter heller ikke denne konklusion. Hvad angår de forordninger, der er nævnt i denne doms præmis 55, skal det nemlig bemærkes, at de vedrører anerkendelse og fuldbyrdelse af bekræftede dokumenter, der er eksigible i en medlemsstat, og er følgelig uden betydning for fortolkningen af artikel 45, stk. 1, EF. Denne konstatering drages heller ikke i tvivl af de EU-akter, der er nævnt i denne doms præmis 56, i det omfang de, således som Kommissionen med rette har gjort gældende, begrænser sig til at tildele notarer, samt andre kompetente myndigheder, der er udpeget af medlemsstaterne, opgaven med at attestere, at visse handlinger og formaliteter, der kræves for flytning af et selskabs hjemsted, og stiftelse og fusion af selskaber, er afsluttet.
- 113 Hvad angår beslutning 1994 og beslutning 2006, der er nævnt i denne doms præmis 57, skal det bemærkes, at disse ikke har nogen som helst retsvirkninger, eftersom sådanne beslutninger, efter deres art, ikke er bindende retsakter. Det bemærkes videre, at selv om der heri anføres, at erhvervet som notar er omfattet af artikel 45 EF, udtrykker Parlamentet i beslutningen af 1994 udtrykkeligt ønske om, at der træffes

foranstaltninger for, at nationalitetsklausulen med henblik på adgang til erhvervet som notar ophæves, og dette synspunkt blev indirekte bekræftet i beslutning 2006.

- 114 Hvad for det fjerde angår Forbundsrepublikken Tysklands argument med hensyn til dommen i sagen *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* skal det præciseres, at den sag, der lå til grund for dommen, vedrørte fortolkningen af artikel 39, stk. 4, EF og ikke artikel 45, stk. 1, EF. Det fremgår desuden af den doms præmis 42, at Domstolen, da den fastslog, at de opgaver, der udføres af kaptajner og overstyrmænd på handelsskibe, udgjorde deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed, havde samtlige de opgaver, som udøves af disse personer, for øje. Domstolen tog således ikke kun stilling til den ene tildeling af notaropgaver til kaptajner og overstyrmænd på skibe, dvs. modtagelse, opbevaring og overgivelse af testamenter, isoleret fra deres øvrige beføjelser, såsom navnlig den beføjelse til at udøve tvang eller iværksætte straffeforanstaltninger, der er tillagt dem.
- 115 Hvad angår Unibank-dommen, som Forbundsrepublikken Tyskland ligeledes har henvist til, må det fastslås, at den sag, der gav anledning til den dom, ikke på nogen måde vedrørte fortolkningen af artikel 45, stk. 1, EF. Domstolen fastslog endvidere i nævnte doms præmis 15, at for at et dokument kan kvalificeres som et »officielt bekræftet« dokument som omhandlet i artikel 50 i konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1978 L 304, s. 17), skal en offentlig myndighed eller et andet organ, der af den stat, hvor dokumentet er udstedt, er bemyndiget hertil, medvirke.
- 116 Under disse omstændigheder skal det konkluderes, at notarvirksomhed, således som den for nuværende er defineret i den tyske retsorden, ikke indebærer udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF.

- 117 Det skal således fastslås, at nationalitetskravet i den tyske lovgivning om adgang til erhvervet som notar udgør forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er forbudt i medfør af artikel 43 EF.
- 118 Sammenfattende må det fastslås, at Kommissionens første klagepunkt er begrundet.

Om det andet klagepunkt

Parternes argumenter

- 119 Kommissionen foreholder Forbundsrepublikken Tyskland ikke at have gennemført direktiv 89/48 for så vidt angår erhvervet som notar i perioden frem til den 20. oktober 2007 og direktiv 2005/36 regnet fra denne dato. Ifølge Kommissionen har direktiv 2005/36 ikke en længere rækkevidde end direktiv 89/48 for så vidt angår notarer.
- 120 Kommissionen er i lighed med Det Forenede Kongerige af den opfattelse, at erhvervet som notar er et lovreguleret erhverv som omhandlet i artikel 1, litra c), i direktiv 89/48, og at det følgelig er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. 41. betragtning til direktiv 2005/36 har ikke til virkning at udelukke dette erhverv fra dette direktivs anvendelsesområde, medmindre nævnte erhverv er omfattet af artikel 45, stk. 1, EF, hvilket Kommissionen bestrider i den foreliggende sag. Hvis EU-lovgiver havde ønsket at udelukke notarer fra det direktivets anvendelsesområde, var det desuden sket udtrykkeligt.

- 121 Kommissionen har gjort gældende, at direktiv 89/48 og direktiv 2005/36 gør det muligt for medlemsstaterne at fastsætte en egnethedstest eller stille krav om prøvetid, som kan sikre det høje kvalifikationsniveau, der kræves af notarer. Anvendelsen af disse direktiver ville desuden ikke have til virkning at hindre rekrutteringen af notarer ved hjælp af optagelsesprøve, men kun at give statsborgere fra andre medlemsstater adgang til denne optagelsesprøve. En sådan anvendelse ville desuden være uden betydning for proceduren med hensyn til udpegning af notarer.
- 122 Forbundsrepublikken Tyskland finder med støtte af Republikken Letland og Republikken Slovenien, at Kommissionens andet klagepunkt bør afvises, for så vidt som det vedrører en angivelig manglende gennemførelse af såvel direktiv 89/48 som direktiv 2005/36.
- 123 Dels har kommissionen nemlig i sin begrundede udtalelse kritiseret den manglende gennemførelse af direktiv 89/48, mens direktiv 2005/36, der ophævede direktiv 89/48, på tidspunktet for udstedelsen af den nævnte begrundede udtalelse var blevet vedtaget.
- 124 Dels medfører henvisningen til direktiv 2005/36, som Kommissionen første gang fremfører i stævningen, en udvidelse af sagens genstand, som den blev fastlagt under den administrative procedure. Dette direktiv har nemlig en langt længere rækkevidde end direktiv 89/48.
- 125 Hvad angår realiteten har Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Bulgarien, Republikken Letland, Republikken Ungarn, Republikken Østrig, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik gjort gældende, at disse direktiver ikke finder anvendelse på notarer som følge af den omstændighed, at notarers virksomhed udgør deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed.

Domstolens bemærkninger

— Formaliteten

- ¹²⁶ Det følger af fast retspraksis, at spørgsmålet, om der foreligger et traktatbrud under en i medfør af artikel 226 EF anlagt sag, skal behandles i lyset af den EU-lovgivning, der var gældende på tidspunktet for udløbet af den frist, som Kommissionen har givet den pågældende medlemsstat til at rette sig efter den begrundede udtalelse (jf. bl.a. dom af 9.11.1999, sag C-365/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7773, præmis 32, af 5.10.2006, sag C-275/04, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 9883, præmis 34, og af 19.3.2009, sag C-270/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1983, præmis 49).
- ¹²⁷ I det foreliggende tilfælde udløb fristen den 18. december 2006. På denne dato var direktiv 89/48 fortsat i kraft, idet det først blev ophævet ved direktiv 2005/36 med virkning fra den 20. oktober 2007. For så vidt som det foreliggende klagepunkt er støttet på en angivelig manglende gennemførelse af direktiv 89/48, er klagepunktet således ikke uden genstand (jf. analogt dom af 11.6.2009, sag C-327/08, Kommissionen mod Frankrig, præmis 23).
- ¹²⁸ Hvad angår realitetsbehandlingen af det foreliggende klagepunkt, for så vidt som det vedrører en angivelig manglende gennemførelse af direktiv 2005/36, skal det bemærkes, at det, selv om påstandene i stævningen i princippet ikke kan udvides i forhold til de overtrædelser, der er angivet i den begrundede udtalelses konklusion og i åbningsskrivelsen, som Domstolen allerede har fastslået, dog står fast, at Kommissionen har adgang til at få en traktatbrudspåstand prøvet for så vidt angår forpligtelser, der har deres oprindelse i en — senere ændret eller ophævet — EU-retsakts oprindelige affattelse, når disse fortsat består i henhold til nye bestemmelser. Sagens genstand kan derimod ikke udvides til også at omfatte forpligtelser i henhold til nye bestemmelser, der ikke findes tilsvarende i vedkommende retsakts oprindelige affattelse, idet dette ville være en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter med hensyn til

traktatbrudsprocedurens lovlighed (jf. i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Italien, samt dom af 12.6.2003, sag C-363/00, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 5767, præmis 22, og af 10.9.2009, sag C-416/07, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 7883, præmis 28).

- 129 Det følger heraf, at påstandene i Kommissionens stævning vedrørende Forbundsrepublikken Tysklands tilsidesættelse af sine forpligtelser i henhold til direktiv 2005/36 i princippet kan antages til realitetsbehandling, forudsat at forpligtelserne i dette direktiv svarer til de forpligtelser, som følger af direktiv 89/48 (jf. analogt dommen af 10.9.2009 i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 29).
- 130 Som det fremgår af niende betragtning til direktiv 2005/36, bibeholder dette direktiv de gældende principper og garantier vedrørende etableringsfriheden, der findes under de forskellige anerkendelsesordninger, herunder direktiv 89/48, samtidig med, at det har til formål at forbedre, omstrukturere og forenkle de gældende bestemmelser, idet de principper, der skal anvendes, gøres ensartede.
- 131 Endvidere fremgår det af 14. betragtning til direktivet, at den ordning for anerkendelse, der bl.a. er fastlagt med direktiv 89/48, ikke ændres.
- 132 I det foreliggende tilfælde vedrører Kommissionens klagepunkt over for Forbundsrepublikken Tyskland med hensyn til erhvervet som notar den manglende gennemførelse af direktiv 2005/36 i sin helhed og ikke blot af en bestemt bestemmelse heri.
- 133 Under disse omstændigheder må det fastslås, at den angivelige forpligtelse til at gennemføre direktiv 2005/36 for så vidt angår erhvervet som notar er analog med den

forpligtelse, der følger af direktiv 89/48, for så vidt som for det første de gældende principper og garantier, der findes under den anerkendelsesordning, der er indført ved sidstnævnte direktiv, bibeholdes i det førstnævnte direktiv, og for det andet denne anerkendelsesordning er forblevet uændret efter vedtagelsen af direktiv 2005/36.

¹³⁴ Det følger heraf, at det foreliggende klagepunkt skal antages til realitetsbehandling.

— Om realiteten

¹³⁵ Kommissionen har foreholdt Forbundsrepublikken Tyskland ikke at have gennemført direktiv 89/48 og direktiv 2005/36 for så vidt angår erhvervet som notar. Det skal følgelig undersøges, om disse direktiver finder anvendelse på dette erhverv.

¹³⁶ I denne henseende skal den lovgivningsmæssige sammenhæng, hvori direktiverne indgår, tages i betragtning.

¹³⁷ Det skal således bemærkes, at lovgiver i 12. betragtning til direktiv 89/48 udtrykkeligt har anført, at den generelle ordning for gensidig anerkendelse af eksamensbeviser for videregående uddannelse, der blev indført hermed, »på ingen måde [berører] anvendelsen af [artikel 45 EF]«. Dette forbehold er således udtryk for lovgivers ønske om at lade de former for virksomhed, der er omfattet af artikel 45, stk. 1, EF, uden for dette direktivs anvendelsesområde.

- 138 På tidspunktet for vedtagelsen af det nævnte direktiv, havde Domstolen endnu ikke haft lejlighed til at udtale sig om spørgsmålet, om notarvirksomhed var omfattet af artikel 45, stk. 1, EF eller ej.
- 139 I de år, der er gået fra vedtagelsen af direktiv 89/48, har Parlamentet i beslutning 1994 og beslutning 2006, der er nævnt i denne doms præmis 57 og 113, dels bekræftet, at artikel 45, stk. 1, EF i det hele bør finde anvendelse på erhvervet som notar som sådan, dels at det var dets ønske, at nationalitetskravet for adgang til dette erhverv blev ophævet.
- 140 Det bemærkes videre, at EU-lovgiver i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 2005/36, der trådte i stedet for direktiv 89/48, foretog den præcisering i 41. betragtning til førstnævnte direktiv, at direktivet ikke berører anvendelsen af artikel 45 EF »i forbindelse med erhvervet som notar«. EU-lovgiver tog ved dette forbehold ikke stilling til spørgsmålet om anvendelsen af artikel 45, stk. 1, EF og derfor direktiv 2005/36 på notarvirksomhed.
- 141 Dette følger bl.a. af de forberedende arbejder til dette sidstnævnte direktiv. Parlamentet havde således i sin lovgivningsmæssige beslutning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (EUT 2004 C 97 E, s. 230), som Parlamentet vedtog ved førstebehandlingen den 11. februar 2004, foreslået, at det udtrykkeligt blev angivet i direktiv 2005/36's tekst, at det ikke skulle finde anvendelse på notarer. Dette forslag blev ikke taget til følge i ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (KOM(2004) 317 endelig) eller i fælles holdning (EF) nr. 10/2005 af 21. december 2004 vedtaget af Rådet i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets [direktiv] om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (EUT 2005 C 58 E, s. 1) — ikke med den begrundelse, at direktivet burde

finde anvendelse på erhvervet som notar — men bl.a. fordi »[artikel 45, stk. 1, EF hjemlede] ret til at fravige princippet om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser for virksomhed, der indebærer direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed«.

142 I denne henseende er det i lyset af de særlige omstændigheder, der kendetegnede lovgivningsprocessen, samt den usikre retlige situation, der følger heraf, således som det fremgår af den ovenfor gengivne lovgivningsmæssige kontekst, ikke muligt at fastslå, at der ved udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse, gjaldt en tilstrækkelig klar forpligtelse for medlemsstaterne til at gennemføre direktiv 89/48 og 2005/36 for så vidt angår erhvervet som notar.

143 Det andet klagepunkt må følgelig forkastes.

144 Henset til ovenstående bemærkninger bør det fastslås, at Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet den opstiller nationalitetskrav for adgangen til erhvervet som notar, og i øvrigt bør Forbundsrepublikken Tyskland frifindes.

Sagens omkostninger

145 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 3, kan Domstolen fordele sagens omkostninger eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Da Kommissionen kun delvis har fået medhold i påstandene, bør hver part bære sine egne omkostninger.

¹⁴⁶ Procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, bestemmer, at medlemsstater, der er indtrådt i en sag, bærer deres egne omkostninger. Republikken Bulgarien, Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Den Franske Republik, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Østrig, Republikken Polen, Republikken Slovenien, Den Slovakiske Republik og Det Forenede Kongerige bærer følgelig deres egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

- 1) **Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF, idet den opstiller et nationalitetskrav for adgangen til erhvervet som notar.**

- 2) **I øvrigt frifindes Forbundsrepublikken Tyskland.**

- 3) **Europa-Kommissionen, Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Bulgarien, Den Tjekkiske Republik, Republikken Estland, Den Franske Republik, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Østrig, Republikken Polen, Republikken Slovenien, Den Slovakiske Republik og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland bærer deres egne omkostninger.**

Underskrifter