

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 24 maj 2011 *

I mål C-54/08,

angående en talan om fördragsbrott enligt artikel 226 EG, som väckts den 12 februari 2008,

Europeiska kommissionen, företrädd av H. Støvlbæk och G. Braun, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, företrädd av S. Behzadi-Spencer, i egenskap av ombud,

intervenient,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av M. Lumma, J. Kemper, U. Karpenstein och J. Möller, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

med stöd av

Republiken Bulgarien, företrädd av T. Ivanov och E. Petranova, båda i egenskap av ombud,

Republiken Tjeckien, företrädd av M. Smolek, i egenskap av ombud,

Republiken Estland, företrädd av L. Uibo, i egenskap av ombud,

Republiken Frankrike, företrädd av G. de Bergues och B. Messmer, båda i egenskap av ombud,

Republiken Lettland, företrädd av L. Ostrovska, K. Drēviņa och J. Barbale, samtliga i egenskap av ombud,

Republiken Litauen, företrädd av D. Kriauciūnas och E. Matulionytė, båda i egenskap av ombud,

Republiken Ungern, företrädd av R. Somssich, K. Veres och M. Fehér, samtliga i egenskap av ombud,

Republiken Österrike, företrädd av E. Riedl, G. Holley och M. Aufner, samtliga i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

Republiken Polen, företrädd av M. Dowgielewicz, C. Herma och D. Lutostańska, samtliga i egenskap av ombud,

Republiken Slovenien, företrädd av V. Klemenc och Ž. Cilenšek Bončina, båda i egenskap av ombud,

Republiken Slovakien, företrädd av J. Čorba och B. Ricziová, båda i egenskap av ombud,

intervenienter, meddelar

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (referent) och J.-J. Kasel samt domarna R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis, M. Ilešič, C. Toader och M. Safjan,

generaladvokat: P. Cruz Villalón,
justitiesekreterare: enhetschefen M.-A. Gaudissart,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 april 2010,

och efter att den 14 september 2010 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

- ¹ Europeiska gemenskapernas kommission har yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45 EG samt enligt rådets direktiv 89/48/EEG av den 21 december 1988 om en generell ordning för erkännande av examensbevis över behörighetsgivande

högre utbildning som omfattar minst tre års studier (EGT L 19, 1989, s. 16; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 192), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/19/EG av den 14 maj 2001 (EGT L 206, s. 1) (nedan kallat direktiv 89/48), och/eller enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT L 255, s. 22), genom att föreskriva ett nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket och genom att inte införliva dessa båda direktiv såvitt avser notarieyrket.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätten

- 2 I tolfte skälet i direktiv 89/48 anges att "[d]en generella ordningen för erkännande av examensbevis över behörighetsgivande högre utbildning inverkar på intet sätt på tillämpningen av artikel [45 EG]".
- 3 Artikel 2 i direktiv 89/48 har följande lydelse:

"Detta direktiv skall gälla för varje medborgare i en medlemsstat som vill utöva ett reglerat yrke i en värdmedlemsstat, i självständig verksamhet eller som anställd.

Detta direktiv skall inte gälla för yrken som omfattas av ett separat direktiv om fastställande av avtal om medlemsstaternas ömsesidiga erkännande av examensbevis."

- 4 Notarieyrket har inte reglerats genom något sådant instrument som avses i nämnda artikel 2 andra stycket.
- 5 I direktiv 89/48 föreskrevs en införlivandefrist som i enlighet med artikel 12 löpte ut den 4 januari 1991.
- 6 Direktiv 89/48 upphävdes med verkan från och med den 20 oktober 2007 genom direktiv 2005/36, detta enligt artikel 62 i direktiv 2005/36.
- 7 Skäl 9 i direktiv 2005/36 har följande lydelse:

”Medan man för etableringsfriheten bibehåller gällande principer och garantier som ligger till grund för de olika systemen för erkännande bör emellertid reglerna i dessa förbättras mot bakgrund av de erfarenheter som gjorts. Dessutom har berörda direktiv ändrats vid flera tillfällen och bestämmelserna i dem bör omarbetas och förenklas genom att de tillämpliga principerna görs mer enhetliga. Följaktligen måste följande rättsakter ersättas och samlas i en enda text: ... direktiv 89/48 ...”

- 8 Skäl 14 i direktiv 2005/36 har följande lydelse:

”Den ordning för erkännande som upprättas genom [direktiv 89/48] ... ändras inte.”

- 9 I skäl 41 i direktiv 2005/36 anges att direktivet inte ”påverkar ... tillämpningen av artikel 39.4 [EG] och artikel 45 [EG], som bland annat rör notarius publicus”.

Den nationella lagstiftningen

Den allmänna organisationen av notarieyrket

- 10 Notarierna utför sina arbetsuppgifter i den tyska rättsordningen (förutom i delstaten Baden-Württemberg) såsom fria yrkesutövare. Notarieyrkets organisation regleras i den federala notarielagen (Bundesnotarordnung) av den 24 februari 1961 (BGBl. 1961 I, s. 97), i dess lydelse enligt sjätte lagen om ändring av den federala notarielagen (Sechstes Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung) av den 15 juli 2006 (BGBl. 2006 I, s. 1531) (nedan kallad BNotO).

- 11 Notarierna tillsätts i enlighet med 1 § BNotO av delstaterna såsom oavhängiga offentliga tjänstemän. De har tilldelats uppgiften att bestyrka juridiska handlingar såsom varande officiella samt andra uppgifter inom den så kallade "preventiva rättskipningen".

- 12 I 4 § första meningen BNotO föreskrivs att antalet notarier ska motsvara det antal som behövs för en god rättskipning.

- 13 Enligt 10 § punkt 1 första meningen och 10 § punkt 2 första meningen BNotO tilldelas notarien en bestämd ort där han eller hon ska bedriva sin verksamhet. Notarien ska ha sitt kontor på denna ort. Notariens verksamhet får enligt 10a § och 11 § BNotO endast bedrivas inom ett specifikt angivet område.

- 14 I 17 § punkt 1 första meningen BNotO föreskrivs att notarien uppbär det arvode som föreskrivs i lag.
- 15 Enligt 19 § punkt 1 BNotO är notarien ensam ansvarig för sin tjänsteutövning. Staten har inte något ansvar för denna.
- 16 I delstaten Baden-Württemberg är det så kallade "Notare im Landesdienst" (notarier i delstatens tjänst) som enligt den i 115 § punkt 1 BNotO föreskrivna möjligheten handlägger notariegöromål i området Baden. Nämnda notarier är delstatsanställda tjänstemän. I övriga delar av Förbundsrepubliken Tyskland, och beroende på delstaterna, arbetar vederbörande som notarie enligt 3 § BNotO antingen exklusivt eller samtidigt som han eller hon arbetar som advokat ("Anwaltsnotare").
- 17 Med tillämpning av 5 § BNotO är det bara tyska medborgare som får arbeta som notarier.

Arbetsuppgifter som utförs inom ramen för notarieämbetet

- 18 Enligt 20 § punkt 1 första meningen BNotO är notarien behörig att bestyrka handlingar såsom varande officiella samt att bestyrka namnunderskrifter, bomärken och avskrifter. Notariens medverkan kan vara obligatorisk eller frivillig beroende på den handling som ska göras officiell. Notarien kontrollerar att samtliga villkor som föreskrivs i lag för upprättandet av handlingen är uppfyllda, samt att parterna har rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga.

- 19 Enligt 17 § punkt 1 i lagen om upprättande av officiella handlingar (Beurkundungsgesetz) av den 28 augusti 1969 (BGBl. 1969 I, s. 1513), i dess lydelse enligt lagen av den 23 juli 2002 (BGBl. 2002 I, s. 2850), ska notarien ta reda på vad parterna vill, klargöra omständigheterna och informera parterna om den rättsliga innebörden av den aktuella handlingen. Notarien ska även skriftligen samt på ett tydligt och entydigt sätt återge vad parterna uppgett. Syftet med detta är att förhindra misstag och undanröja tveksamheter samt att se till att en oerfaren part inte missgynnas.
- 20 I enlighet med 4 § i nämnda lag i sin ändrade lydelse ska notarien inte bestyrka handlingen såsom varande officiell om detta inte är förenligt med de skyldigheter som notarien ålagts inom ramen för sitt ämbete. Detta är särskilt fallet då notarien anlitas för att vidta åtgärder som uppenbarligen är olagliga eller ohederliga.
- 21 Principen om domstolarnas fria bevisvärdering fastställs i 286 § i civilprocesslagen (Zivilprozessordnung), i den lydelse som offentliggjordes den 5 december 2005 (BGBl. 2005 I, s. 3202, och rättelser i BGBl. 2006 I, s. 431, och BGBl. 2007 I, s. 1781) (nedan kallad ZPO).
- 22 I avdelning 9, kapitel 1 i bok 2 i ZPO återfinns 415 § punkt 1 i nämnda lag, som har rubriken Bevisning. I denna bestämmelse föreskrivs att handlingar som upprättas enligt gällande formföreskrifter av en offentlig myndighet eller av någon som anförtrotts offentlig tilltro inom den anförtrodda verksamheten – nämligen bestyrkande av handlingar såsom varande officiella – är att anse som full bevisning för den omständighet som bestyrkts när det gäller handlingar som upprättats inför myndigheten eller den bemyndigade personen. Enligt 415 § punkt 2 ZPO får man i princip åberopa bevisning till styrkande av att nämnda omständighet har bestyrkts på ett felaktigt sätt.

- 23 Likaledes föreskrivs i 418 § punkt 1 ZPO att officiella handlingar med annat innehåll än det som avses i 415 § utgör full bevisning för de omständigheter som anges, om vittnesmålet grundas på den personliga uppfattningen hos den offentliga myndigheten eller den som anförtrotts offentlig tilltro. Enligt 418 § punkt 2 ZPO får man i princip åberopa bevisning till styrkande av att de bestyrkta omständigheterna är felaktiga.
- 24 När det gäller civilrätten, föreskrivs det i 125 § civillagen (Bürgerliches Gesetzbuch), i den lydelse som offentliggjordes den 2 januari 2002 (BGBl. 2002 I, s. 42, och rättelser i BGBl. 2002 I, s. 2909, och BGBl. 2003 I, s. 738), att om en i lag angiven formföreskrift inte följs med avseende på en rättslig handling, så innebär det att nämnda handling är en nullitet.
- 25 I detta sammanhang måste vissa transaktioner genomföras genom notariebestyrkt handling för att vara giltiga. Det är särskilt fråga om avtal som rör förvärv eller överföring av äganderätt till fast egendom samt avtal om förmögenhetsöverföring, löfte om gåva, äktenskapsförord, arvsavtal, avtal om avstående från rätt att taga arv samt avtal om avstående från laglott.
- 26 I Bayern får de notarier som har hemvist inom delstaten – i enlighet med 1 § punkt 1 första meningen i lagen om registrerat partnerskap (Gesetz zur Ausführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes) av den 26 oktober 2001 (Bayerisches GVBl., s. 677), i dess lydelse enligt lagen av den 10 december 2005 (Bayerisches GVBl., s. 586, nedan kallad AGLPartG) – bestyrka handlingar om registrerat partnerskap mellan personer av samma kön såsom varande officiella. Enligt 2 § AGLPartG ska notarien underrätta behörig folkbokföringsmyndighet om partnerskapet.
- 27 När det gäller bolagsrättsliga spørsmål föreskrivs det i 23 § punkt 1 första meningen, 30 § punkt 1 och 130 § punkt 1 första meningen i aktiebolagslagen (Aktiengesetz)

av den 6 september 1965 (BGBl. 1965 I, s. 1089), i dess lydelse enligt lagen av den 22 september 2005 (BGBl. 2005 I, s. 2802), att notaries medverkan krävs vid upprättande av bolagsordningar för aktiebolag, för att utse den första styrelsen i ett nybildat aktiebolag samt för bolagsstämmobeslut beträffande ett sådant bolag. I 2 § punkt 1 första meningen och 53 § punkt 2 första meningen i lagen om bolag med begränsat ansvar (Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl. 1898, s. 846), i dess lydelse enligt lagen av den 4 juli 1980 (BGBl. 1980 I, s. 836), föreskrivs att notariebestyrkta handlingar krävs avseende avtal om att bilda ett bolag med begränsat ansvar eller ändring av sådana avtal. Vidare ska fusioner rörande juridiska personer och enheter, nedsättningar av kapitalet eller beslut om att ändra bolagsform ingås genom notariebestyrkta handlingar enligt 6 §, 163 § punkt 3 och 193 § punkt 3 första meningen i lagen om bolagsombildning (Umwandlungsgesetz) av den 28 oktober 1994 (BGBl. 1994 I, s. 3210, och rättelse i BGBl. 1995 I, s. 428).

- 28 Enligt 794 § punkt 1 moment 5 ZPO äger utmätning rum under vissa villkor på grundval av officiella handlingar som upprättats av tysk notarie i laga form, om gäldenären i den aktuella handlingen samtycker till att bli föremål för omedelbar utmätning.
- 29 I enlighet med 797 § punkt 2 ZPO ska den notarie som bevarar den officiella handlingen utfärda avskrifter därav som får läggas till grund för verkställighet.
- 30 Om någon för talan enligt 797 § punkt 3 ZPO mot en förklaring om att en handling får läggas till grund för verkställighet, får denne framställa invändning som rör formen men även invändningar i sak. Likaledes är det enligt 797 § punkt 4 ZPO möjligt att – inom ramen för ett invändningsförfarande rörande en utmätning – framställa invändningar mot den rättighet som anges i den officiella handlingen.

Det administrativa förfarandet

- 31 Kommissionen mottog ett klagomål avseende det nationalitetskrav som gäller för tillträde till notarieyrket i Tyskland. Kommissionen gjorde en bedömning av klagomålet och sände den 8 november 2000 en formell underrättelse till Förbundsrepubliken Tyskland. Förbundsrepubliken Tyskland uppmanades därvid att inom två månader inkomma med sina synpunkter angående frågan huruvida nämnda nationalitetskrav var förenligt med artikel 45 första stycket EG samt angående att direktiv 89/48 inte hade införlivats såvitt avser notarieyrket.
- 32 Förbundsrepubliken Tyskland besvarade den formella underrättelsen genom skrivelse av den 20 mars 2001.
- 33 Den 10 juli 2002 sände kommissionen en kompletterande formell underrättelse till Tyskland. Kommissionen gjorde däri gällande att medlemsstaten underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45 första stycket EG samt enligt direktiv 89/48.
- 34 Förbundsrepubliken Tyskland besvarade den kompletterande formella underrättelsen genom skrivelse av den 31 oktober 2002.
- 35 Eftersom kommissionen inte låtit sig övertygas av de argument som framförts av Förbundsrepubliken Tyskland, riktade kommissionen den 18 oktober 2006 ett motiverat yttrande till medlemsstaten. I detta yttrande gjorde kommissionen gällande att Tyskland underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG och artikel 45 första stycket EG samt enligt direktiv 89/48. Tyskland uppmanades att inom två månader från mottagandet av det motiverade yttrandet vidta erforderliga åtgärder för att följa detsamma.

- 36 Den 18 december 2006 inkom Förbundsrepubliken Tyskland med en skrivelse där medlemsstaten redogjorde för varför den ansåg att kommissionens slutsatser var felaktiga.
- 37 Mot denna bakgrund beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

Prövning av talan

Den första anmärkningen

Parternas argument

- 38 Kommissionen har i denna del yrkat att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45 första stycket EG genom att endast låta tyska medborgare få tillträde till notarieyrket.
- 39 Kommissionen har inledningsvis gjort gällande att det i vissa medlemsstater inte finns något nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket. Andra medlemsstater, såsom Konungariket Spanien, Republiken Italien och Republiken Portugal, har avskaffat detta nationalitetskrav.

- 40 Vidare har kommissionen erinrat om att artikel 43 EG är en av unionsrättens grundläggande bestämmelser, som innebär dels att nationell behandling ska tillförsäkras var och en som är medborgare i en medlemsstat och som etablerar sig i en annan medlemsstat, om än endast sekundärt, för att där utöva verksamhet som egenföretagare, dels att varje diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden.
- 41 Kommissionen och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland har gjort gällande att artikel 45 första stycket EG ska tolkas på ett autonomt och enhetligt sätt (dom av den 15 mars 1988 i mål 147/86, kommissionen mot Grekland, REG 1988, s. 1637, punkt 8; svensk specialutgåva, volym 9, s. 439). I och med att bestämmelsen föreskriver ett undantag från etableringsfriheten såvitt avser verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt, ska artikeln dessutom tolkas restriktivt (dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners, REG 1974, s. 631, punkt 43; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309).
- 42 Det i artikel 45 första stycket EG föreskrivna undantaget ska således begränsas till verksamhet som i sig själv är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt (domen i det ovannämnda målet Reyners, punkterna 44 och 45). Enligt kommissionen innebär begreppet offentlig makt utövandet av en beslutsbehörighet som innebär avsteg från allmänna regler, vilket återspeglas genom en behörighet att vidta åtgärder oberoende av vad andra rättssubjekt vill, eller till och med i strid med vad de vill. Enligt domstolens praxis tar sig offentlig makt uttryck i utövandet av tvångsmakt (dom av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien, REG 1998, s. I-6717, punkt 37).
- 43 Kommissionen och Förenade kungariket anser att verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt ska skiljas från sådan verksamhet som bedrivs för att tillvarata allmänintresset. Det finns nämligen olika yrkeskategorier som tilldelats särskild behörighet för att tillvarata allmänintresset, utan att det för den sakens skull innebär utövande av offentlig makt.

- 44 Tillämpningsområdet för artikel 45 första stycket EG innefattar inte heller sådan verksamhet som bedrivs för att bistå eller samarbeta med den offentliga makten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 juli 1993 i mål C-42/92, Thijssen, REG 1993, s. I-4047, punkt 22).
- 45 Kommissionen och Förenade kungariket har dessutom erinrat om att artikel 45 första stycket EG i princip avser viss verksamhet och inte ett helt yrke, om inte den aktuella verksamheten är omöjlig att skilja från all den verksamhet som bedrivs av nämnda yrkeskår.
- 46 Kommissionen har vidare redogjort för de olika göromål som utförs av en notarie i den tyska rättsordningen.
- 47 Vad gäller upprättandet av officiella handlingar och avtal, har kommissionen gjort gällande att notarien endast närvarar som vittne med avseende på partsviljan – efter att ha biträtt parterna med rådgivning – och vidtar åtgärder så att partsviljan får rättsverkningar. Notarien har därvid inte någon beslutsbehörighet över parterna.
- 48 Den bedömningen påverkas inte av att denna verksamhet i tysk lagstiftning anses utgöra en del av ”den preventiva rättskipningen”. Notarierna bedriver nämligen därvid inte någon verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt, eftersom de inte har någon behörighet att meddela beslut.
- 49 Notarien bestyrker således endast äktheten hos det avtal som parterna redan kommit överens om genom att göra det officiellt. Den omständigheten att vissa handlingar måste göras officiella saknar betydelse, eftersom det finns många förfaranden som lyder under formkrav utan att det därvid utövas någon offentlig makt.

- 50 Samma sak gäller de speciella omständigheter som kännetecknar bevisreglerna för notariebestyrkta handlingar. Det finns nämligen andra handlingar som har liknande bevisvärde trots att de inte utfärdats i samband med verksamhet som är förenad med utövande av offentlig makt, såsom protokoll som utfärdats av edsvurna fältvaktare, skogsvaktare, jaktvårdare och fiskeriuppsyningsmän. Inte heller den omständigheten att notarien upprättar notariebestyrkta handlingar under eget ansvar är relevant. De flesta oberoende yrkeskategorier tar nämligen på sig ansvaret för sin tjänsteutövning, såsom advokater, arkitekter eller läkare.
- 51 När det sedan gäller den omständigheten att officiella handlingar får läggas till grund för verkställighet, anser kommissionen att notarien förklarar en handling verkställbar innan det egentliga verkställandet sker, utan att denna förklaring utgör en del därav. Verkställandet innebär således inte att notarierna besitter någon tvångsmakt. Eventuella tvister kommer för övrigt att slitas av domstol, inte av notarien.
- 52 Notariens roll inom den tyska rättsordningen som juridisk rådgivare – vilken notarien i allmänhet tar på sig när han eller hon upprättar officiella handlingar – kan inte heller anses innebära att notarien bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.
- 53 Kommissionen anser vidare att notarierna – till skillnad från sådana tjänstemän som ombesörjer folkbokföringen – i allmänhet inte har till uppgift att upprätta eller göra ändringar i folkbokföringen. I stället har notarierna till uppgift att fördela egendom mellan parter. De uppgifter som notarierna i Bayern har anförtrots i fråga om registrerat partnerskap mellan personer av samma kön möjliggör inte någon slutledning i fråga om bedömningen utifrån unionsrätten av om notarier ska anses bedriva verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.
- 54 Kommissionen anser vidare, i likhet med Förenade kungariket, att de unionsbestämmelser som hänvisar till notarieverksamhet inte påverkar tillämpningen av artikel 43 EG och artikel 45 första stycket EG på denna verksamhet.

- 55 När det gäller rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, 2001, s. 1) och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 805/2004 av den 21 april 2004 om införande av en europeisk exekutionstitel för obestridda fordringar (EUT L 143, s. 15), anser kommissionen att dessa förordningar endast innebär en skyldighet för medlemsstaterna att erkänna och verkställa mottagna rättshandlingar som får läggas till grund för verkställighet i en annan medlemsstat.
- 56 Kommissionen anser vidare att varken rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag (EGT L 294, s. 1), rådets förordning (EG) nr 1435/2003 av den 22 juli 2003 om stadga för europeiska kooperativa föreningar (SCE-föreningar) eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/56/EG av den 26 oktober 2005 om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar (EUT L 310, s. 1) är relevanta i detta mål. I dessa förordningar ges nämligen notarier – liksom andra behöriga myndighetspersoner som utsetts av staten – endast uppdraget att bestyrka fullgörandet av vissa handlingar och formkrav innan bolag ändrar ort för bolagets säte, innan bolag bildas och innan bolag fusioneras med varandra.
- 57 Vad beträffar Europaparlamentets resolution av den 23 mars 2006 om juristyrket och allmänintresset av fungerande rättssystem (EUT C 292E, s. 105) (nedan kallad 2006 års resolution) (EUT L 207, s. 1) anser kommissionen att det är fråga om en rent politisk handling med tvetydigt innehåll. I punkt 17 i resolutionen bekräftade Europaparlamentet nämligen att artikel 45 EG ska tillämpas på notarier, medan Europaparlamentet i punkt 2 vidhöll sin inställning i resolutionen av den 18 januari 1994 om notarieyrket i gemenskapens tolv medlemsstater (EGT C 44, s. 36) (nedan kallad 1994 års resolution), där det gav uttryck för sin önskan att det nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket som uppställs i flera medlemsstaters lagstiftning skulle avskaffas.

- 58 Kommissionen och Förenade kungariket har tillagt att mål C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, som avgjordes genom dom av den 30 september 2003 (REG 2003, s. I-10391) och som flera medlemsstater har hänvisat till i sina skriftliga yttranden, rörde de arbetsuppgifter av varierande slag som utförs av kaptenen och förste styrmän på handelsfartyg, nämligen uppgifter som rör upprätthållande av säkerheten, uppgifter som normalt åligger polisväsendet samt notarie- och civilståndsrelaterade uppgifter. Domstolen hade således inte tillfälle att i detalj pröva de olika göromål som utförs av notarier utifrån artikel 45 första stycket EG. Denna dom utgör således inte tillräcklig grund för att slå fast att nämnda bestämmelse är tillämplig på notarier.
- 59 Kommissionen anser vidare – till skillnad från vad som gjorts gällande av Förbundsrepubliken Tyskland – att domstolen i sin praxis gjort skillnad mellan notarier och offentliga myndigheter, genom att slå fast att en officiell handling kan bestyrkas av en offentlig myndighet eller annan bemyndigad myndighet (dom av den 17 juni 1999 i mål C-260/97, Unibank, REG 1999, s. I-3715, punkterna 15 och 21).
- 60 Förbundsrepubliken Tyskland har med stöd av Republiken Bulgarien, Republiken Tjeckien, Republiken Estland, Republiken Frankrike, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Österrike, Republiken Polen, Republiken Slovenien och Republiken Slovakien gjort gällande att notarier bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG.
- 61 Förbundsrepubliken Tyskland anser, precis som kommissionen, att begreppet ”offentlig makt” i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG ska tolkas enhetligt och restriktivt. Förbundsrepubliken Tyskland har emellertid tillsammans med Republiken Estland, Republiken Polen och Republiken Slovakien gjort gällande att utövandet av tvångsmakt och av befogenheter som går utöver vanliga regler, i förening med ett hierarkiskt förhållande med medborgarna, inte är de enda formerna för att utöva

offentlig makt. Dessutom har Republiken Lettland gjort gällande att utövandet av offentlig makt inte bara består i att fatta beslut oberoende av de berörda parternas vilja.

- 62 Förbundsrepubliken Tyskland anser att även annan verksamhet kan ingå i begreppet "utövande av offentlig makt". Detta gäller sådan verksamhet som kännetecknas av att personer tilldelas speciella uppgifter i förhållande till medborgarna, då verksamheten inte bara är av förberedande eller teknisk art, utan bindande för den beslutsfattande myndigheten, och då den inte bedrivs i enbart sporadisk omfattning.
- 63 Förbundsrepubliken Tyskland anser vidare att de tyska notariernas verksamhet utgör en del av "den preventiva rättskipningen" som kompletterar den vanliga rättskipningen. Notarierna ska därvid vara lika objektiva och oavhängiga som vanliga domstolar när de avgör mål.
- 64 Samtliga göromål som notarierna anförtrotts i den tyska rättsordningen medför rättsverkningar för medborgarna. Notariernas verksamhet som innebär utövande av offentlig makt bedrivs inte i sporadisk omfattning, utan utgör en väsentlig del av deras verksamhet.
- 65 Staten har således överfört "den preventiva rättskipningen" till notarierna för att på så sätt minska domstolarnas arbetsbörda. Så är dock inte fallet i delstaten Baden-Württemberg där staten själv fortsätter att ombesörja denna preventiva rättskipning. När notarien bestyrker en handling eller en överenskommelse såsom varande officiell, avgör notarien slutgiltigt och med bindande verkan frågan om den formbundna rätts handlingen har ingåtts utifrån parternas önskemål. Innan handlingen bestyrks som officiell, ska notarien kontrollera att de allmänna villkoren är uppfyllda och lämna opartisk information till parterna om vilka rättsverkningar som handlingen medför. Notarien kontrollerar även att uppgörelsen parterna emellan är laglig.

- 66 Förbundsrepubliken Tyskland har således gjort gällande att den notariebestyrkta handlingen har bevisvärde som är bindande för domstolarnas bevisvärdering.
- 67 Vad beträffar upprättandet av exekutionstitlar och förklaringen att en handling är verkställbar, har Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att notariebestyrkta avtal i den tyska rättsordningen är exekutionstitlar. Dessa kan läggas till grund för utmätning, om notarien förklarat att så får ske, och man behöver därvid inte först gå till domstol.
- 68 En notariebestyrkt handling eller överenskommelse utgör en bindande exekutionstitel. Om gäldenären däri har samtyckt till utmätning, gäller handlingen som en laga-kraftvunnen dom.
- 69 Om utmätning äger rum på grundval av en notariebestyrkt handling och notariens förklaring om verkställbarhet, är den exekutiva myndigheten bunden av det som däri slås fast angående fordran. Upprättandet av en exekutionstitel och förklaringen om verkställbarhet innebär således att notarien utövar en speciell befogenhet gentemot medborgarna, oberoende av vad dessa vill. Parterna får dock begära att utmätningen hävs, och de får göra gällande att nämnda förklaring är olaglig.
- 70 Förbundsrepubliken Tyskland har dessutom gjort gällande att notarierna i Bayern är behöriga att ombesörja registrerat partnerskap mellan personer av samma kön.
- 71 Enligt de unionsrättsakter som nämns i punkterna 55 och 56 ovan är notariebestyrkta handlingar dessutom av samma rang som domstolsavgöranden.

- 72 Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Estland, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Österrike, Republiken Polen och Republiken Slovenien har dessutom gjort gällande att domstolen, i domen i det ovannämnda målet *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, slagit fast, med avseende på artikel 39.4 EG, att de notarielaterade uppgifter som utförs av kaptener på spanska fartyg är att anse som verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt. Det framgår dessutom av domen i det ovannämnda målet *Unibank* att när en offentlig tjänsteman – såsom en notarie – upprättar officiella handlingar, så innebär det att vederbörande utövar verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.

Domstolens bedömning

– Inledande synpunkter

- 73 Kommissionen har i sin första anmärkning gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland hindrar medborgare i andra medlemsstater från att etablera sig i landet för att arbeta som notaries, genom att endast ge tyska medborgare tillträde till detta yrke, vilket strider mot artikel 43 EG.
- 74 Anmärkningen gäller således bara det nationalitetskrav som uppställs i tillämplig tysk lagstiftning och som måste vara uppfyllt för att personer ska få tillträde till notarieryrket i förhållande till artikel 43 EG.
- 75 Det kan därmed preciseras att anmärkningen inte gäller notarieämbetets ställning eller organisationen av detta ämbete i den tyska rättsordningen. Målet gäller inte heller de andra krav, utöver nationalitetskravet, som måste vara uppfyllda för att få arbeta som notarie i medlemsstaten.

- 76 I likhet med vad som gjorts gällande av kommissionen under förhandlingen, är det dessutom av vikt att betona att kommissionens första anmärkning inte heller avser tillämpningen av EG-fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster.
- 77 Lika litet avser kommissionens anmärkning tillämpningen av fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare. Anmärkningen avser således inte det notarieämbete som innehas av "Notare im Landesdienst" i delstaten Baden-Württemberg, vilka är delstatsanställda tjänstemän.

– Prövning i sak

- 78 Artikel 43 EG är en av de grundläggande bestämmelserna i unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Reyners, punkt 43).
- 79 Begreppet etablering i den mening som avses i artikel 43 EG utgör ett mycket vittomfattande begrepp som innebär en möjlighet för unionsmedborgare att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och att dra fördel av detta. Begreppet främjar således det ekonomiska och sociala utbytet inom Europeiska unionen på den fria yrkesutövningens område (se, bland annat, dom av den 22 december 2008 i mål C-161/07, kommissionen mot Österrike, REG 2008, s. I-10671, punkt 24).
- 80 Den etableringsfrihet som tillerkänns medborgare i en medlemsstat på en annan medlemsstats område innefattar bland annat en rätt för dem att få tillträde till och utöva verksamhet som egenföretagare på de villkor som etableringsstatens lagstiftning föreskriver för sina egna medborgare (se, bland annat, dom av den 28 januari 1986 i mål 270/83, kommissionen mot Frankrike, REG 1986, s. 273, punkt 13, svensk specialutgåva, volym 8, s. 389, och, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Österrike, punkt 27). Med andra ord innebär artikel 43 EG

ett förbud för samtliga medlemsstater att, i sina lagstiftningar, för de personer som utnyttjar rätten att etablera sig där föreskriva villkor för dessa personers bedrivande av verksamhet som skiljer sig från de villkor som uppställs för de egna medborgarna (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Österrike, punkt 28).

- 81 Artikel 43 EG innebär således att nationell behandling ska tillförsäkras var och en som är medborgare i en medlemsstat och som etablerar sig i en annan medlemsstat för att där utöva verksamhet som egenföretagare, och artikeln förbjuder varje diskriminering på grund av nationalitet som är en följd av nationella lagstiftningar, såsom inskränkning i etableringsfriheten (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 14).
- 82 I detta mål är det emellertid fråga om nationell lagstiftning som innebär att endast tyska medborgare får arbeta som notarier. Detta medför att personer behandlas olika beroende på vilken nationalitet de har, vilket i princip är förbjudet enligt artikel 43 EG.
- 83 Förbundsrepubliken Tyskland har dock gjort gällande att notariernas verksamhet inte omfattas av artikel 43 EG, eftersom notarier bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG. Domstolen kommer därför att först pröva innebörden av begreppet utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG, för att därefter pröva om de göromål som notarierna anförtrotts i den tyska rättsordningen omfattas av detta begrepp.
- 84 Vad gäller begreppet ”utövande av offentlig makt” i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG, betonar domstolen följande. För att undvika att fördragets ändamålsenliga verkan på etableringsfrihetens område försvagas till följd av medlemsstaternas ensidiga bestämmelser, ska, vid bedömningen av detta begrepp, enligt fast rättspraxis, hänsyn tas till den unionsrättsliga karaktären på de begränsningar som medges i artikel 45 första stycket EG, i fråga om undantag från principen om etableringsfrihet

(se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Reyners, punkt 50, och kommissionen mot Grekland, punkt 8, samt dom av den 22 oktober 2009 i mål C-438/08, kommissionen mot Portugal, REG 2009, s. I-10219, punkt 35).

- 85 Enligt fast rättspraxis utgör artikel 45 första stycket EG ett undantag från den grundläggande regeln om etableringsfrihet. I egenskap av undantag ska bestämmelsen tolkas så, att dess räckvidd begränsas till att endast omfatta vad som är absolut nödvändigt för att säkerställa de hänsyn som medlemsstaterna ges rätt att skydda (domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Grekland, punkt 7, och kommissionen mot Spanien, punkt 34, dom av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, REG 2006, s. I-2941, punkt 45, domarna av den 29 november 2007 i mål C-393/05, kommissionen mot Österrike, REG 2007, s. I-10195, punkt 35, och i mål C-404/05, kommissionen mot Tyskland, REG 2007, s. I-10239, punkterna 37 och 46, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 34).
- 86 Domstolen har vid upprepade tillfällen slagit fast att det undantag som föreskrivs i artikel 45 första stycket EG ska begränsas till verksamhet som i sig är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt (se domarna i de ovannämnda målen Reyners, punkt 45, Thijssen, punkt 8, kommissionen mot Spanien, punkt 35, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, punkt 46, kommissionen mot Tyskland, punkt 38, och kommissionen mot Portugal, punkt 36).
- 87 Domstolen har ansett att undantaget i artikel 45 första stycket EG inte omfattar vissa arbetsuppgifter som enbart är av underordnad eller förberedande karaktär i förhållande till utövandet av offentlig makt (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Thijssen, punkt 22, kommissionen mot Spanien, punkt 38, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, punkt 47, kommissionen mot Tyskland, punkt 38, och kommissionen mot Portugal, punkt 36). Inte heller omfattar undantaget vissa göromål som visserligen medför kontakter med myndigheter eller domstolar, inte ens om de sker regelbundet och hör organiskt till förfarandet, och går ut på en medverkan – till och med obligatorisk sådan – vid myndigheternas och domstolarnas fullgörande av sina uppgifter, men som inte berör myndigheternas och domstolarnas bedömning och beslutsfattande (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Reyners, punkterna 51 och 53), eller viss verksamhet som inte innebär utövande av beslutsmakt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Thijssen, punkterna 21 och 22, domarna av den 29 november 2007 i de ovannämnda målen kommissionen mot Österrike, punkterna 36 och 42, och kommissionen mot Tyskland, punkterna 38 och 44, samt domen i det ovannämnda

målet kommissionen mot Portugal, punkterna 36 och 41), av tvångsmakt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 37) eller av våldsåtgärder (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003 i mål C-47/02, Anker m.fl., REG 2003, s. I-10447, punkt 61, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 44).

- 88 Med beaktande av dessa överväganden kommer domstolen att pröva om de göromål som anförtrots notarier i den tyska rättsordningen är direkt och specifikt förenade med utövande av offentlig makt.
- 89 Domstolen kommer därvid att beakta arten på de göromål som utförs av notarierna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Thijssen, punkt 9).
- 90 Förbundsrepubliken Tyskland och kommissionen är ense om att notariers huvudsakliga göromål i den tyska rättsordningen – som domstolen kommer att pröva först – består i att upprätta officiella handlingar med beaktande av erforderliga formkrav. Notarien ska därvid bland annat kontrollera att alla de krav som uppställs i lag avseende handlingen är uppfyllda. Den officiella handlingen har dessutom bevisvärde och den får läggas till grund för verkställighet.
- 91 Enligt den tyska rättsordningen ska handlingar eller avtal som parterna under egen fri vilja har ingått bestyrkas av notarie. Parterna bestämmer nämligen själva – inom lagens gränser – omfattningen av sina rättigheter och förpliktelser. Det är parterna som under egen fri vilja har valt vilka bestämmelser som ska gälla dem emellan när de anlitar en notarie för att få en handling eller ett avtal bestyrkt som äkta. Notariens inblandning förutsätter således att parterna i förväg har kommit överens eller träffat ett avtal.

- 92 Notarien får dessutom inte på egen hand ändra innehållet i den handling vars äkthet notarien ska bestyrka, utan att först ha fått parternas samtycke därtill.
- 93 Notariernas bestyrkande av handlingars äkthet kan således inte i sig anses utgöra någon verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG.
- 94 Domstolens slutsats ovan påverkas inte av att vissa handlingar eller avtal måste bestyrkas av notarie vid äventyr av att de annars är att anse som ogiltiga. Det är nämligen vanligt förekommande att det i de olika nationella rättsordningarna, och enligt föreskrivna villkor, uppställs formkrav som måste vara uppfyllda för att olika handlingar ska anses vara giltiga, eller föreskrivs att dessa handlingar måste bli föremål för valideringsförfaranden. Denna omständighet kan således inte anses vara tillfyllest som stöd för Förbundsrepubliken Tysklands inställning.
- 95 Den omständigheten att notarierna, innan de bestyrker en handling eller ett avtals äkthet, är skyldiga att kontrollera att samtliga i lag uppställda villkor för att ingå handlingen eller avtalet är uppfyllda och, om så inte är fallet, vägra att bestyrka handlingen eller avtalet, kan inte heller påverka ovannämnda slutsats.
- 96 Såsom Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande är det visserligen riktigt att anledningen till att notarierna gör denna kontroll är att den tjänar ett allmänintresse, nämligen att se till att handlingar som ingås mellan enskilda personer är lagliga och rättssäkra. Domstolen finner emellertid att detta mål av allmänintresse inte i sig kan anses motivera att det endast är medborgare i den aktuella medlemsstaten som får agera som notarier vid utförandet av denna typ av uppgifter.
- 97 Att en åtgärd vidtas för att eftersträva ett mål av allmänintresse räcker inte i sig för att en viss verksamhet ska anses som direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt. Det är nämligen utrett att göromål som utförs inom ramen för olika reglerade yrken ofta innebär, i de nationella rättsordningarna, att yrkesutövarna är

skyldiga att eftersträva mål av allmänintresse, utan att de för den sakens skull därvid kan anses utöva offentlig makt.

- 98 Den omständigheten att notarierna i sin verksamhet eftersträvar mål av allmänintresse (bland annat att handlingar som ingås mellan enskilda personer ska vara lagliga och rättssäkra) utgör emellertid ett tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera eventuella inskränkningar i artikel 43 EG som följer av den specifika karaktär som kännetecknar notariernas verksamhet. Det kan därvid vara fråga om inskränkningar, i form av bestämmelser med inskränkande verkan vid rekrytering av notarier, samt begränsningar av hur många notarier som får finnas och av deras territoriella behörighetsområden. Det kan även vara fråga om regelverk för ersättning, oberoende ställning och oavsättbarhet samt regler om att notarierna inte får bedriva annan verksamhet. Detta gäller dock under förutsättning att dessa inskränkningar gör det möjligt att uppnå nämnda mål av allmänintresse och att de är nödvändiga för att uppnå dessa mål.
- 99 Det är även riktigt att notarierna inte får bestyrka handlingar eller avtal som inte uppfyller de krav som uppställs i lag, och detta gäller oberoende av vad parterna vill. Om en notarie har vägrat att bestyrka en handling eller ett avtal av en sådan anledning, får parterna emellertid vidta de åtgärder som krävs för att avhjälpa den olagliga utformningen av handlingen eller avtalet, eller ändra bestämmelserna däri, eller låta bli att ingå handlingen eller avtalet.
- 100 När det sedan gäller bevisvärdet hos notariebestyrkta handlingar samt den omständigheten att sådana handlingar får läggas till grund för verkställighet, kan det förhållandet att handlingarna därigenom har försetts med betydande rättsverkningar inte bortses ifrån. Att en viss verksamhet består i utfärdande av handlingar med sådana rättsverkningar kan emellertid inte vara tillfyllest för att verksamheten ska anses vara direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG.
- 101 Bevisvärdet hos notariebestyrkta handlingar regleras i bevisreglerna i den ifrågavarande rättsordningen. 415 § och 418 § ZPO handlar om bevisvärdet hos officiella handlingar. Bestämmelserna återfinns i avdelning 9, som har rubriken ”Bevisning”

och som ingår i kapitel 1 i bok 2 i nämnda lag. Det bevisvärde som en viss handling ges genom lag har således inte någon direkt relevans för frågan huruvida upprättandet av denna handling i sig kan anses utgöra en verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt, såsom krävs enligt rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Thijssen, punkt 8, och kommissionen mot Spanien, punkt 35).

- 102 Såsom följer av 415 § punkt 2 och 418 § punkt 2 ZPO får man i princip åberopa bevisning till styrkande av att en omständighet har bestyrkts på ett felaktigt sätt eller att de bestyrkta omständigheterna är felaktiga.
- 103 Det kan dessutom inte med framgång göras gällande att den notariebestyrkta handlingen – på grund av dess bevisvärde – är ovillkorligt bindande för den domstol som har att avgöra ett mål. Det är nämligen vedertaget att en domstol meddelar sitt beslut utifrån sin egen övertygelse och med beaktande av samtliga omständigheter och all bevisning som åberopats i målet. Principen om domstolarnas fria bevisvärdering fastställs för övrigt i 286 § ZPO.
- 104 Vad därefter beträffar den omständigheten att den officiella handlingen får läggas till grund för verkställighet, delar domstolen Förbundsrepubliken Tysklands bedömning att detta gör det möjligt att låta verkställa de förpliktelser som stipuleras i handlingen utan att först behöva gå till domstol.
- 105 Att en officiell handling kan läggas till grund för verkställighet innebär emellertid inte att notarien bedriver verksamhet som ska anses vara direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt. Som framgår av 794 § punkt 1 moment 5 ZPO får en notariebestyrkt handling läggas till grund för verkställighet bland annat om gäldenären har samtyckt till att utmätning får ske utan att något förfarande först måste inledas. Härav följer att den notariebestyrkta handlingen inte får läggas till grund för verkställighet om gäldenären inte har lämnat sitt samtycke därtill. Således är det riktigt att notariens förklaring på den officiella handlingen att fordran får verkställas innebär

just att nämnda handling får läggas till grund för verkställighet. Grunden härför är emellertid parternas avsikt att ingå en handling eller ett avtal, och att dessa – efter notariens kontroll av att de upprättats i enlighet med lag – ska kunna läggas till grund för verkställighet.

- 106 Dessa överväganden gäller i tillämpliga delar även sådana handlingar som måste genomföras genom notariebestyrkt handling för att vara giltiga, såsom avtal som rör förvärv eller överföring av äganderätten till fast egendom samt avtal om förmögenhetsöverföring, löfte om gåva, äktenskapsförord, arvsavtal, avtal om avstående från rätt att taga arv samt avtal om avstående från laglott.
- 107 Dessa överväganden gäller även notariers medverkan i bolagsrättsliga spörsmål (se punkt 27 ovan).
- 108 Förbundsrepubliken Tyskland kan inte heller vinna framgång med sitt argument att notarierna i delstaten Bayern är behöriga att bestyrka handlingar om registrerat partnerskap mellan personer av samma kön som officiella. Det framgår nämligen, utöver vad som angetts ovan, av 2 § AGLPartG att för att ett sådant partnerskap ska ha rättsverkan, så måste det ha registrerats av folkbokföringsmyndigheten som är den myndighet som är registreringsmyndighet.
- 109 Vad därefter beträffar notariernas särskilda ställning i den tyska rättsordningen, erinrar domstolen om att det i punkterna 86 och 89 ovan angetts att det är utifrån arten på de aktuella göromålen i sig, och inte utifrån notariernas ställning som sådan, som domstolen ska pröva om göromålen omfattas av undantaget i artikel 45 första stycket EG.

- 110 Det finns emellertid anledning att göra två påpekanden i denna del. För det första är det utrett att vardera parten i princip fritt får välja vilken notarie som ska anlitas. Det är visserligen riktigt att arvodet till notarierna regleras i lag, men inte desto mindre är det så att kvaliteten på de tjänster som tillhandahålls kan variera från en notarie till en annan, och detta beror särskilt på vederbörandes yrkesskicklighet. Domstolen delar därför generaladvokatens bedömning i punkt 18 i förslaget till avgörande att notarierna – inom sina respektive territoriella behörighetsområden – konkurrerar med varandra, vilket inte är fallet vid utövandet av offentlig makt.
- 111 För det andra är notarien, enligt 19 § punkt 1 BNotO, ensam ansvarig för sin tjänsteutövning.
- 112 Förbundsrepubliken Tyskland kan inte heller vinna framgång med sina argument som rör vissa unionsrättsakter. De i punkt 55 ovan angivna förordningarna avser nämligen erkännande och verkställighet av officiella handlingar som bevitnats samt får läggas till grund för verkställighet i en medlemsstat. Dessa förordningar påverkar följaktligen inte tolkningen av artikel 45 första stycket EG. Denna bedömning påverkas inte heller av de unionsrättsakter som nämns i punkt 56 ovan, eftersom dessa, i likhet med vad som gjorts gällande av kommissionen, ger notarier – liksom andra behöriga myndighetspersoner som utsetts av medlemsstaterna – endast uppdraget att bestyrka fullgörandet av vissa handlingar och formkrav innan bolag ändrar ort för bolagets säte, innan bolag bildas och innan bolag fusioneras med varandra.
- 113 Vad sedan gäller 1994 och 2006 års resolutioner (se punkt 57 ovan) betonar domstolen att dessa saknar rättsverkningskraft, eftersom sådana resolutioner till sin natur inte är bindande. Trots att det i dessa resolutioner anges att notarieyrket omfattas av artikel 45 EG, uttryckte parlamentet i 1994 års resolution explicit sin önskan att åtgärder

skulle vidtas för att avskaffa nationalitetskravet för notarieyrket. Denna inställning vidhölls implicit i 2006 års resolution.

- 114 Domstolen gör vidare följande bedömning av Förbundsrepubliken Tysklands argument rörande domen i det ovannämnda målet *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*. Det målet avsåg tolkningen av artikel 39.4 EG och inte tolkningen av artikel 45 första stycket EG. Dessutom framgår det av punkt 42 i domen att domstolen, när den slog fast att de uppgifter som tilldelats kaptener och förste styrmän innefattar myndighetsutövning, avsåg samtliga uppgifter som utförs av nämnda yrkeskategorier. Domstolen gjorde således inte enbart en prövning av de notarielaterade uppgifter som kaptener och förste styrmän tilldelats (det vill säga bevittna, förvara och överlämna testamenten), separat från de andra befogenheterna, såsom bland annat befogenhet att vidta bestraffnings- och tvångsåtgärder.
- 115 Förbundsrepubliken Tyskland har även hänvisat till domen i det ovannämnda målet *Unibank*, och domstolen gör i denna del följande bedömning. Det målet gällde ingalunda tolkningen av artikel 45 första stycket EG. Dessutom slog domstolen, i punkt 15 i den domen, fast att en offentlig myndighet eller annan bemyndigad myndighet i ursprungsstaten måste medverka för att en handling ska kunna anses vara officiell i den mening som avses i artikel 50 i konventionen av den 27 september 1968 om domstols behörighet och om verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 299, 1972, s. 32; svensk utgåva, C 15, 1997, s. 30).
- 116 Mot denna bakgrund finner domstolen att de notariegöromål som definieras i den nu gällande tyska rättsordningen inte kan anses utgöra verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG.

- 117 Det nationalitetskrav som uppställs i tysk rätt för tillträde till notarieyrket utgör således sådan diskriminering på grund av nationalitet som är förbjuden enligt artikel 43 EG.
- 118 Kommissionens talan i denna del ska därför bifallas.

Den andra anmärkningen

Parternas argument

- 119 Kommissionen har gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland inte, såvitt avser notarieyrket, införlivat direktiv 89/48 fram till och med den 20 oktober 2007 och ej heller direktiv 2005/36 från och med nämnda datum. Kommissionen anser att räckvidden för direktiv 2005/36, när det gäller notaries, inte går utöver räckvidden för direktiv 89/48.
- 120 Kommissionen anser, i likhet med Förenade kungariket, att notarieyrket är ett reglerat yrke i den mening som avses i artikel 1 c i direktiv 89/48, varför nämnda direktiv är tillämpligt på notaries. Skäl 41 i direktiv 2005/36 innebär inte att nämnda direktiv inte är tillämpligt på notaries, om inte notarieyrket omfattas av artikel 45 första stycket EG, vilket dock har bestritts av kommissionen i detta mål. Om unionslagstiftaren hade velat undanta notaries från direktivets tillämpningsområde, hade lagstiftaren gjort så uttryckligen.

- 121 Kommissionen har vidare erinrat om att medlemsstaterna enligt direktiven 89/48 och 2005/36 får föreskriva antingen ett lämplighetsprov eller en anpassningstid som ska säkerställa de höga kvalifikationskrav som ställs på notarierna. Tillämpningen av direktiv innebär inte något hinder mot att notarier rekryteras genom uttagningsprov, utan medför endast att även medborgare i andra medlemsstater får möjlighet att delta i dessa prov. Direktivet påverkar inte heller förfarandet då notarier utses.
- 122 Förbundsrepubliken Tyskland anser vidare, liksom Republiken Lettland och Republiken Slovenien, att kommissionens andra anmärkning ska avvisas. Kommissionen har nämligen gjort gällande att Tyskland underlåtit att införliva såväl direktiv 89/48 som direktiv 2005/36.
- 123 I sitt motiverade yttrande gjorde kommissionen nämligen gällande att Tyskland hade underlåtit att införliva direktiv 89/48. Den dag som kommissionen skickade det motiverade yttrandet hade emellertid direktiv 2005/36 antagits, vilket upphäver direktiv 89/48.
- 124 Vidare hänvisade kommissionen för första gången i ansökan till direktiv 2005/36. Detta innebär en utvidgning av tvisteföremålet såsom det fastställts under det administrativa förfarandet. Direktiv 2005/36 innehåller nämligen bestämmelser som är mer långtgående än vad som är fallet beträffande direktiv 89/48.
- 125 Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Bulgarien, Republiken Lettland, Republiken Ungern, Republiken Österrike, Republiken Polen, Republiken Slovenien och Republiken Slovakien har i sak gjort gällande att dessa båda direktiv inte är tillämpliga på notarier. Notarierna bedriver nämligen verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt

Domstolens bedömning

– Upptagande till sakprövning

- ¹²⁶ Förekomsten av ett fördragsbrott ska, inom ramen för en talan som väcks med stöd av artikel 226 EG, enligt fast rättspraxis bedömas utifrån den unionslagstiftning som var i kraft då den tidsfrist löpte ut som kommissionen hade satt, för att medlemsstaten i fråga skulle rätta sig efter dess motiverade yttrande (se, bland annat, dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien, REG 1999, s. I-7773, punkt 32, av den 5 oktober 2006 i mål C-275/04, kommissionen mot Belgien, REG 2006, s. I-9883, punkt 34, och av den 19 mars 2009 i mål C-270/07, kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-1983, punkt 49).
- ¹²⁷ Förbundsrepubliken Tysklands tidsfrist för att rätta sig efter det motiverade yttrandet löpte ut den 18 december 2006. Vid det datumet var direktiv 89/48 emellertid fortfarande i kraft, eftersom direktiv 2005/36 upphävde direktiv 89/48 först från och med den 20 oktober 2007. En talan som grundas på underlåtenhet att införliva direktiv 89/48 har således inte förlorat sitt föremål (se, analogt, dom av den 11 juni 2009 i mål C-327/08, kommissionen mot Frankrike, punkt 23).
- ¹²⁸ Vad gäller frågan huruvida förevarande anmärkning kan tas upp till sakprövning i den del den gäller underlåtenhet att införliva direktiv 2005/36, gör domstolen följande bedömning. Domstolen har redan slagit fast att även om de yrkanden som ansökan innehåller i princip inte får avse andra fördragsbrott än dem som gjorts gällande i det motiverade yttrandets slutsats och i den formella underrättelsen, har kommissionen inte desto mindre möjlighet att göra gällande att sådana skyldigheter som härrör från den ursprungliga versionen av en unionsrättsakt som senare ändrats eller upphävts, och som kvarstår genom bestämmelserna i en ny unionsrättsakt, har åsidosatts. Därremot kan inte tvisteföremålet utvidgas till att avse skyldigheter som följer av nya bestämmelser vilka saknar motsvarighet i den ursprungliga versionen av rättsakten i fråga, eftersom detta skulle innebära att de väsentliga formföreskrifterna för ett korrekt

genomförande av förfarandet vid fastställelse av fördragsbrott åsidosattes (se, i detta avseende, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 36, dom av den 12 juni 2003 i mål C-363/00, kommissionen mot Italien, REG 2003, s. I-5767, punkt 22, och av den 10 september 2009 i mål C-416/07, kommissionen mot Grekland, REG 2009, s. I-7883, punkt 28).

- 129 Följaktligen kan de yrkanden i kommissionens ansökan som syftar till att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2005/36 i princip tas upp till sakprövning, under förutsättning att skyldigheterna i direktivet motsvarar de skyldigheter som följer av direktiv 89/48 (se, analogt, domen av den 10 september 2009 i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 29).
- 130 Det följer av skäl 9 i direktiv 2005/36 att syftet med direktivet är att förbättra, omarbета och förenkla befintliga bestämmelser genom att de tillämpliga principerna görs mer enhetliga, samtidigt som man för etableringsfriheten bibehåller gällande principer och garantier som ligger till grund för de olika systemen för erkännande, såsom de principer och garantier som infördes genom direktiv 89/48.
- 131 Vidare anges i skäl 14 i direktiv 2005/36 att den ordning för erkännande som upprätthålls genom bland annat direktiv 89/48 inte ändras.
- 132 I detta mål har kommissionen gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland, såvitt gäller notarieyrket, har underlåtit att införliva inte en viss bestämmelse i direktiv 2005/36, utan direktivet sett i dess helhet.
- 133 Mot denna bakgrund finner domstolen att den påstådda skyldigheten att införliva direktiv 2005/36 såvitt gäller notarieyrket motsvarar den skyldighet som följer av

direktiv 89/48. Direktiv 2005/36 bibehåller nämligen gällande principer och garantier som ligger till grund för systemen för erkännande i direktiv 89/48. Dessutom är det så att denna ordning för erkännande som upprättats genom direktiv 89/48 inte ändras genom direktiv 2005/36.

134 Talan kan således tas upp till sakprövning vad beträffar denna anmärkning.

– Prövning i sak

135 Kommissionen har gjort gällande att Förbundsrepubliken Tyskland inte införlivat direktiven 89/48 och 2005/36 såvitt avser notarieyrket. Domstolen kommer således att först pröva om dessa direktiv är tillämpliga på notarieyrket.

136 Det finns därvid anledning att ta hänsyn till den lagstiftningsrelaterade kontexten till dessa båda direktiv.

137 I tolfte skälet i direktiv 89/48 angav lagstiftaren uttryckligen att den generella ordningen för erkännande av examensbevis över behörighetsgivande högre utbildning ”på intet sätt [inverkar] på tillämpningen av ... artikel [45 EG]”. Detta förbehåll ger uttryck för lagstiftarens avsikt att undanta sådan verksamhet som faller under artikel 45 första stycket EG från direktivets tillämpningsområde.

- 138 Då direktiv 89/48 antogs, hade domstolen emellertid ännu inte haft tillfälle att uttala sig om huruvida notarieverksamhet omfattas av artikel 45 första stycket EG eller ej.
- 139 Under åren efter direktivets antagande uppgav parlamentet, i 1994 och 2006 års resolutioner (se punkterna 57 och 113 ovan), å ena sidan att artikel 45 första stycket EG till fullo skulle tillämpas på notarieryrket som sådant, medan parlamentet å andra sidan uppgav sig vilja se att nationalitetskravet avskaffades för detta yrke.
- 140 I samband med att direktiv 2005/36 antogs (vilket ersatte direktiv 89/48) preciserade unionslagstiftaren i skäl 41 i direktiv 2005/36 att sistnämnda direktiv inte påverkar tillämpningen av artikel 45 EG, ”som bland annat rör notarius publicus”. Härav följer att unionslagstiftaren inte har tagit ställning till huruvida artikel 45 första stycket EG, och därmed direktiv 2005/36, kan tillämpas på notarieryrket.
- 141 Förarbetena till direktiv 2005/36 ger vid handen att denna slutsats är riktig. Parlamentet föreslog nämligen i sin lagstiftningsresolution om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT C 97E, 2004, s. 230), som antogs efter första läsningen den 11 februari 2004, att det i direktiv 2005/36 uttryckligen skulle anges att direktivet inte är tillämpligt på notarier. Även om denna upplysning varken fanns med i det ändrade förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om erkännande av yrkeskvalifikationer (KOM(2004) 317 slutlig) eller i gemensam ståndpunkt (EG) nr 10/2005 av den 21 december 2004, antagen av rådet i enlighet med det i artikel 251 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen angivna förfarandet, inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT C 58E, 2005, s. 1), var det inte

av den anledningen det planerade direktivet skulle tillämpas på notarieyrket, utan på grund av att "[e]tt undantag från principen om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster anges i artikel 45 [första stycket] i EG-fördraget ... för tjänster som direkt och särskilt innebär offentlig maktutövning".

- 142 Domstolen konstaterar därvid att särskilda omständigheter rådde under lagstiftningsprocessen och att situationen av denna anledning präglades av osäkerhet, vilket även framgår av den lagstiftningsrelaterade kontexten som domstolen erinrat om ovan. Domstolen finner därför att det inte är möjligt att slå fast att det vid utgången av tidsfristen i det motiverade yttrandet fanns en tillräckligt klar skyldighet för medlemsstaterna att införliva direktiven 89/48 och 2005/36 såvitt avser notarieyrket.
- 143 Kommissionens talan kan därför inte bifallas såvitt avser den andra anmärkningen.
- 144 Domstolen fastställer därmed att Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att föreskriva ett nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket. Talan ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

- 145 Om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, kan domstolen enligt artikel 69.3 i rättegångsreglerna besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sina kostnader. Med hänsyn till att kommissionens talan endast delvis har bifallits, finner domstolen att vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.

¹⁴⁶ Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna ska de medlemsstater som intervererat i målet bära sina rättegångskostnader. Republiken Bulgarien, Republiken Tjeckien, Republiken Estland, Republiken Frankrike, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Österrike, Republiken Polen, Republiken Slovenien, Republiken Slovakien och Förenade kungariket ska därför bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) **Förbundsrepubliken Tyskland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att föreskriva ett nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket.**

- 2 **Talan ogillas i övrigt.**

- 3) **Europeiska kommissionen, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Bulgarien, Republiken Tjeckien, Republiken Estland, Republiken Frankrike, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Österrike, Republiken Polen, Republiken Slovenien, Republiken Slovakien och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland ska bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter