

Mål C-54/08

Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland

”Fördragsbrott — Artikel 43 EG — Etableringsfrihet — Notarier —
Nationalitetskrav — Artikel 45 EG — Verksamhet som är förenad med utövandet av
offentlig makt — Direktiv 89/48/EEG och direktiv 2005/36/EG”

Förslag till avgörande av generaladvokat P. Cruz Villalón, föredraget den
14 september 2010 I - 4359
Domstolens dom (stora avdelningen) av den 24 maj 2011 I - 4360

Sammanfattning av domen

1. *Fri rörlighet för personer — Etableringsfrihet — Frihet att tillhandahålla tjänster — Undantag — Verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt — Notarieverksamhet — Omfattas inte — Nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket — Otillåtlighet*
(Artiklarna 43 EG och 45 första stycket EG)
2. *Talan om fördragsbrott — Föremål för talan — Fastställande under det administrativa förfarandet — Justering med anledning av en ändring av unionsrätten — Tillåtet — Villkor*
(Artikel 226 EG)

3. *Talan om fördragsbrott — Domstolens prövning av huruvida talan är välgrundad — Situation som ska beaktas — Situationen vid utgången av den frist som har angetts i det motiverade yttrandet — Situation som präglas av osäkerhet på grund av att särskilda omständigheter förelåg under lagstiftningsprocessen — Fördragsbrott föreligger inte*
(Artiklarna 43 EG, 45 första stycket EG och 226 EG; Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36)

1. En medlemsstat, vars lagstiftning föreskriver ett nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket, underlåter att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG, då de göromål som notarierna anförtrotts i rättsordningen i nämnda medlemsstat inte är förenade med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG. Artikel 45 första stycket EG utgör i detta avseende ett undantag från den grundläggande regeln om etableringsfrihet, och 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 enligt denna bestämmelse ges rätt att skydda. Detta undantag ska dessutom begränsas till verksamhet som i sig är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.

Vid prövningen av om de göromål som anförtrotts notaries är direkt och specifikt förenade med utövandet av offentlig makt, ska man beakta arten på de

göromål som utförs av notarierna. Notariernas olika göromål kan inte anses vara direkt och specifikt förenade med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG, trots att deras handlingar har betydande rättsverkningar, eftersom det är antingen parternas avsikt eller domstolens kontroll eller beslut som är av särskild betydelse.

Det är nämligen bara handlingar eller avtal som parterna under egen fri vilja har ingått som bestyrks av notarie. Notarien får inte på egen hand ändra innehållet i den handling vars äkthet notarien ska bestyrka, utan att först ha fått parternas samtycke därtill. Vidare är det visserligen riktigt att anledningen till att notarierna bestyrker handlingar är att den tjänar ett allmänintresse. Detta mål av allmänintresse kan emellertid inte i sig anses motivera att det endast är medborgare i den aktuella medlemsstaten som får agera som notaries vid utförandet av

denna typ av uppgifter, eller räcka för att en viss verksamhet ska anses som direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.

arvsavtal, avtal om avstående från rätt att taga arv och avtal om avstående från laglott samt notariers medverkan i bolagsrättsliga spörsmål.

Det är visserligen riktigt att notariens förklaring på den officiella handlingen att fordran får verkställas innebär 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. Det bevisvärde som en notariebestyrkt handling ges regleras genom bevisregler, och bevisvärdet 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 utövandet av offentlig makt. Detta gäller i än högre grad som den notariebestyrkta handlingen inte är ovillkorligt bindande för den domstol som har att avgöra ett mål. Det är nämligen så att en domstol meddelar sitt beslut utifrån sin egen övertygelse.

En medlemsstat kan inte heller vinna framgång med argumentet att notarierna i en viss delstat är behöriga att styrka handlingar om registrerat partnerskap mellan personer av samma kön som officiella, då – för att ett sådant partnerskap ska ha rättsverkan – det måste ha registrerats av folkbokföringsmyndigheten som är myndighet som är registreringsmyndighet.

Dessa överväganden gäller i tillämpliga delar handlingar eller avtal som måste bestyrkas av notarie, vid äventyr av att de annars är att anse som ogiltiga, såsom bland annat avtal som rör förvärv eller överföring av äganderätten till fast egendom, avtal om förmögenhetsöverföring, löfte om gåva, äktenskapsförord,

Vad för det första gäller notariernas särskilda ställning, kan kvaliteten på de tjänster som tillhandahålls variera från en notarie till en annan, och detta beror särskilt på vederbörandes yrkesskicklighet. Notarierna konkurrerar därför – inom sina respektive territoriella behörighetsområden – med varandra, vilket inte är fallet vid utövandet av offentlig makt. För

det andra ska det påpekas att notarien är ensam ansvarig för sin tjänsteutövning.

ett korrekt genomförande av förfarandet vid fastställelse av fördragsbrottet åsidosattes.

(se punkterna 83, 85, 86, 88, 89, 91, 92, 95–97, 99–101, 103, 106–111 och 116)

(se punkt 128)

2. 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. Däremot 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

3. När särskilda omständigheter råder under lagstiftningsprocessen – såsom att lagstiftaren inte klart har tagit ställning eller att det saknas precisering om tillämpningsområdet för en unionsrättslig bestämmelse – och situationen av denna anledning präglas av osäkerhet, är det inte möjligt att slå fast att det vid utgången av tidsfristen i det motiverade yttrandet fanns en tillräckligt klar skyldighet för medlemsstaterna att införliva ett direktiv.

(se punkterna 140–142)