

DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 24 maj 2011 *

I mål C-51/08,

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

Europeiska kommissionen, företrädd av J.-P. Keppenne och H. Støvlbæk, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

med stöd av

Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, företrädd av E. Jenkinson och S. Ossowski, båda i egenskap av ombud,

intervenient,

* Rättegångsspråk: franska.

mot

Storhertigdömet Luxemburg, företrätt av C. Schiltz, i egenskap av ombud, biträdd av J.-J. Lorang, avocat,

svarande,

med stöd av

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

Republiken Frankrike, företrädd av G. de Bergues och M. 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 J. Fazekas, R. Somssich, K. Veres och M. Fehér,
samtliga i egenskap av ombud,

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

Republiken Slovakien, företrädd av J. Čorba, 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 Storhertigdömet Luxemburg har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45 EG samt 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), genom att föreskriva ett nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket och genom att inte införliva direktiv 89/48 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 Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT L 255, s. 22), detta enligt artikel 62 i direktiv 2005/36.
- 7 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

- 8 Notarierna utför sina arbetsuppgifter i den luxemburgska rättsordningen såsom fria yrkesutövare. Notarieyrkets organisation regleras i lagen av den 9 december 1976 om organisering av notarieämbetet (loi du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat) (*Mémorial A* 1976, s. 1230), i dess lydelse enligt lagen av den 12 november 2004 (*Mémorial A* 2004, s. 2766) (nedan kallad lagen om organisering av notarieämbetet).
- 9 Enligt artikel 1 i nämnda lag är notarierna ”offentliga tjänstemän som har till uppgift att bevittna handlingar och avtal som parterna vill eller måste få bestyrkta som officiella, samt att bestyrka handlingars och avtals datum, förvara sådana dokument och utfärda kopior därav”.

- 10 I artikel 3 i nämnda lag föreskrivs att notarierna bedriver sin verksamhet i hela landet. Av bland annat artikel 7.4 i lagen följer att vardera parten fritt får välja vilken notarie som ska anlitas.
- 11 Antalet notarier och deras hemvist samt notariernas arvoden fastställs, enligt artikel 13 respektive artikel 59 i nämnda lag, genom förordning.
- 12 Enligt artikel 15 i lagen om organisering av notarieämbetet måste den som vill arbeta som notarie i Luxemburg bland annat vara luxemburgsk medborgare.

Arbetsuppgifter som utförs inom ramen för notarieämbetet

- 13 När det gäller de olika arbetsuppgifter som utförs av notarierna i den luxemburgska rättsordningen, är det utrett att den huvudsakliga arbetsuppgiften består i upprättandet av officiella handlingar. 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.
- 14 Begreppet officiella handlingar definieras i artikel 1317 i civillagen (code civil). Nämnda artikel återfinns i kapitel VI, som har rubriken "Om bevis på förpliktelser och om bevis på betalning" och som i sin tur återfinns i avdelning III i bok III i civillagen. Enligt denna bestämmelse definieras en sådan handling som "en handling som bevittnats av offentliga tjänstemän med behörighet att upprätta handlingar på den ort där handlingen avfattats, och med beaktande av erforderliga formkrav".

- 15 Enligt artikel 37 i lagen om organisering av notarieämbetet har notariebestyrkta handlingar bevisvärde enligt bestämmelserna i civillagen och de får läggas till grund för verkställighet när de förklarats vara verkställbara.
- 16 I artikel 1319 i civillagen föreskrivs att "den officiella handlingen bevisar äktheten hos det aktuella avtalet mellan avtalsparterna och deras arvtagare eller rättighetsinnehavare".
- 17 I artikel 1322 i civillagen föreskrivs att "undertecknade handlingar, som erkänts av den mot vilken handlingen görs gällande eller som enligt lag ska anses ha erkänts, ska mellan dem som undertecknat handlingen samt mellan deras arvtagare och rättighetsinnehavare, ha samma bevisvärde som den officiella handlingen".
- 18 Enligt artikel 13 i lagen av den 4 december 1990 om organisering av förrättningsmannayrket (loi du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice) (*Mémorial A* 1990, s. 1248) är förrättningsmän (*huissiers de justice*) de enda som är behöriga att verkställa domstolsavgöranden och andra handlingar som får läggas till grund för verkställighet. Dessutom följer det av bland annat artikel 690 i nya tvistemålsprocesslagen (nouveau code de procédure civile) att det är utmättningsdomstolen som avgör utmättningsärenden där komplikationer uppstått. Om det föreligger fara i dröjsmål, är det domstolen på den ort där egendomen är belägen som meddelar interimistiska åtgärder.
- 19 Förutom utfärdande av officiella handlingar har notarierna anförtratts bland annat följande uppdrag i den luxemburgska rättsordningen.
- 20 Enligt artikel 809 och följande artiklar i den nya tvistemålsprocesslagen handlägger notarien även vissa göromål i fråga om utmätning av fast egendom. Enligt dessa bestämmelser är det förrättningsmannen som först vidtar åtgärder för att verkställa de förpliktelser som anges i exekutionstiteln, varvid förrättningsmannen anmodar gäldenären att betala skulden. Gäldenären har viss tid på sig för att betala. Om gäldenären inte betalat inom angiven tid, beläggs den aktuella fasta egendomen med kvarstad och en handling därom upprättas som registreras i fastighetsregistret. På ansökan av borgenären, tar domstolen ställning till vad som sagts och de yttranden som getts in

samt till om utmätningen är giltig. Domstolen förordnar en notarie som får i uppdrag att sälja egendomen offentligt. Notarien vidtar åtgärder inför den exekutiva auktionen och ombesörjer erforderlig publicering. Notarien upprättar en förteckning med uppgift om försäljningsdag, och denna förteckning ska innehålla en förklaring om att inlutna medel ska övergå till borgenärerna. Varje begäran som rör utmätning av fast egendom ska hänskjutas till domstol. Parterna får dessutom, i enlighet med artikel 879 i nämnda lag, komma överens i ett officiellt avtal om att borgenären får ge en notarie i uppdrag att ombesörja försäljningen utan att följa de lagstadgade formkrav som anges ovan. Om invändning framställs i ett sådant fall, ska notarien avbryta vidare handläggning och hänskjuta ärendet till ordföranden för behörig domstol.

- 21 Enligt artiklarna 1131–1164 i nya tvistemålsprocesslagen utför notarierna vissa göromål som rör försegling av egendom och avlägsnande av försegling. Det är fredsdomaren (*juge de paix*) som ger tillstånd till försegling och avlägsnande av försegling. När de parter som har rätt att närvara vid avlägsnandet av förseglingen inte är närvarande, utser ordföranden för den behöriga domstolen ex officio en notarie som företräder dem.
- 22 Enligt artiklarna 1165–1168 i nämnda lag har notarien till uppgift att upprätta förteckning om så begärs av dem som har rätt att framställa begäran om att förseglingen ska avlägsnas. Om problem uppstår, avstår notarien från vidare handläggning och låter parterna hänskjuta ärendet till ordföranden för domstolen i första instans. Notarien får även själv hänskjuta ärendet dit om notarien är bosatt i nämnda domstols domkrets.
- 23 Notariens roll vid vissa former av försäljning av fast egendom regleras i artiklarna 1177–1184 i nya tvistemålsprocesslagen. Sådan försäljning får endast äga rum efter tillstånd från bland annat förmyndarskapsdomstolen (*juge des tutelles*). När tillstånd getts, förordnar domstolen en notarie som ska anordna en exekutiv auktion.

Försäljningen äger rum inför förmyndarskapsdomstolen, som beviljar notarien ansvarsfrihet efter att ha godkänt räkenskaperna. Förmyndarskapsdomstolen får även, genom motiverat beslut, godkänna att egendomen säljs under hand.

- 24 Notarierna har även i enlighet med artikel 815 och följande artiklar i civillagen (code civil) anförtratts vissa uppgifter i fråga om upphörande av samäganderätt. Enligt artikel 822 är det domstol som handlägger ärenden som rör upphörande av samäganderätt och de bestridanden som framställs beträffande transaktionerna. Det är domstol som ombesörjer försäljning och som handlägger ansökningar om garantier för lotterna mellan samägarna. Domstol handlägger även talan om upphävande. Om någon av delägarna inte lämnar sitt samtycke till att samäganderätten upphör, eller om bestridanden framställs antingen när det gäller hur handläggningen har skötts eller beträffande utgången, så är det domstol som är behörig. Om den fasta egendomen inte går att fördelas i godo, ska auktionsförsäljning äga rum inför domstol. Parterna – om de är myndiga – kan dock bestämma sig för att försäljningen ska ombesörjas av en notarie som anlitas av parterna. Efter att den lösa och den fasta egendomen värderats och sålts i förekommande fall, ska handläggande domstol (*juge commissaire*) hänvisa parterna till en notarie. Denne ombesörjer redovisningen beträffande samägarna, bestämmer förmögenhetsmassan, upprättar lotter och fördelar dessa till var och en av samägarna. Om bestridanden framställs beträffande de transaktioner som hänskjuts till notarien, ska denne upprätta ett protokoll om vari svårigheterna består och om vad som gjorts gällande av parterna, samt hänskjuta ärendet till den ämbetsman som utsetts för upphörandet av samäganderätten.

- 25 I artikel 1 i lagen av den 25 september 1905 om fastighetsregister (loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers (*Mémorial* 1905, s. 893) föreskrivs att alla benefika eller onerösa transaktioner som görs mellan levande personer rörande fast egendom (bortsett från företrädesrätt och inteckningar) ska skrivas in i fastighetsregistret på den ort där egendomen är belägen. Enligt artikel 2 i denna lag får domar, officiella handlingar och undertecknade handlingar som vitsordats eller ej inför domstol eller inför notarie skrivas in i fastighetsregistret. Den tjänsteman som ombesörjer inskrivningen är inskrivningsdomaren (*conservateur des hypothèques*).

Det administrativa förfarandet

- ²⁶ Kommissionen mottog ett klagomål avseende det nationalitetskrav som gäller för tillträde till notarieyrket i Luxemburg. Kommissionen gjorde en bedömning av klagomålet och sände den 8 november 2000 en formell underrättelse till Storhertigdömet Luxemburg. Storhertigdömet Luxemburg 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.
- ²⁷ Storhertigdömet Luxemburg besvarade den formella underrättelsen genom skrivelse av den 11 januari 2001.
- ²⁸ Den 12 juli 2002 sände kommissionen en kompletterande formell underrättelse till Luxemburg. 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.
- ²⁹ Luxemburg besvarade den kompletterande formella underrättelsen genom skrivelse av den 10 september 2002.
- ³⁰ Eftersom kommissionen inte låtit sig övertygas av de argument som framförts av Storhertigdömet Luxemburg, riktade kommissionen den 18 oktober 2006 ett motiverat yttrande till medlemsstaten. I detta yttrande gjorde kommissionen gällande att Luxemburg underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG och artikel 45 första stycket EG samt enligt direktiv 89/48. Luxemburg uppmanades att inom två månader från mottagandet av det motiverade yttrandet vidta erforderliga åtgärder för att följa detsamma.

- 31 Den 14 december 2006 inkom Storhertigdömet Luxemburg med en skrivelse där medlemsstaten redogjorde för varför den ansåg att kommissionens slutsatser var felaktiga.
- 32 Mot denna bakgrund beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

Prövning av talan

Den första anmärkningen

Parternas argument

- 33 Kommissionen har i denna del yrkat att domstolen ska fastställa att Storhertigdömet Luxemburg har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45 första stycket EG genom att endast låta luxemburgska medborgare få tillträde till notarieyrket.
- 34 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.

- 35 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.
- 36 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).
- 37 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).
- 38 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.

- 39 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).
- 40 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.
- 41 Kommissionen har vidare redogjort för de olika göromål som utförs av en notarie i den luxemburgska rättsordningen.
- 42 Vad för det första 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 utan bestyrker 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.
- 43 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 skogsvaktare. 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.

- 44 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.
- 45 Vad sedan beträffar notariernas göromål i fråga om utmätning av fast egendom, offentlig försäljning av fast egendom, upprättande av förteckningar, avlägsnande av förseglingar samt upphörande av samäganderätt, har kommissionen anfört följande. Storhertigdömet Luxemburg har endast lämnat en beskrivning av de aktuella göromålen, och medlemsstaten har inte visat att det därvid är fråga om verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt.
- 46 Dessutom anser kommissionen att notariens särskilda ställning i den luxemburgska rättsordningen saknar direkt relevans för bedömningen av arten på notariernas verksamhet.
- 47 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.
- 48 Såväl artikel 1.5 d i Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/31/EG av den 8 juni 2000 om vissa rättsliga aspekter på informationssamhällets tjänster, särskilt elektronisk handel, på den inre marknaden ("Direktiv om elektronisk handel") (EGT L 178, s. 1) som skäl 41 i direktiv 2005/36 undantar notarieverksamheten från sina tillämpningsområden endast om verksamheten är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt. Det är således bara fråga om ett förbehåll som inte påverkar tolkningen av artikel 45 första stycket EG.

- 49 När det sedan 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), rådets förordning (EG) nr 2201/2003 av den 27 november 2003 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar i äktenskapsmål och mål om föräldraansvar samt om upphävande av förordning (EG) nr 1347/2000 (EUT L 338, 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.
- 50 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) 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.
- 51 Vad avser konventionen om slopande av kravet på legalisering av utländska allmänna handlingar, som träffades i Haag den 5 oktober 1961, har kommissionen gjort gällande att denna endast definierar begreppet "allmän handling" i den mening som avses i konventionen.
- 52 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), anser kommissionen att det endast 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 Europaparlamentet gav uttryck för sin önskan att det nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket som uppställs i flera medlemsstaters lagstiftning skulle avskaffas.

- 53 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 kapteener 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 fått tillfälle att i detalj pröva de olika göromål som utförs av notaries utifrån artikel 45 första stycket EG. Denna dom utgör således inte tillräcklig grund för att slå fast att nämnda bestämmelse är tillämplig på notaries.
- 54 Kommissionen anser vidare – till skillnad från vad som gjorts gällande av Storhertigdömet Luxemburg – att domstolen i sin praxis gjort skillnad mellan notaries 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).
- 55 Storhertigdömet Luxemburg har gjort gällande att domstolen har gjort en extensiv tillämpning i sin praxis av begreppet ”utövandet av offentlig makt” i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG. Domstolen har således, i domen i det ovannämnda målet *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, slagit fast att notarie-relaterade uppgifter utgör verksamhet som är förenad med myndighetsutövning. Dessutom följer det av domen i det ovannämnda målet *Unibank* att upprättandet av officiella handlingar av en offentlig tjänsteman, såsom en notarie, utgör verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.

- 56 Storhertigdömet Luxemburg delar i princip kommissionens åsikt att begreppet offentlig makt skiljer sig från begreppet allmänintresse, vilket är ett nödvändigt men inte tillräckligt villkor. Enligt Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Tjeckien, Republiken Ungern, Republiken Polen och Republiken Slovakien kan begreppet offentlig makt däremot inte likställas med begreppet rättskipningsuppgifter när det gäller tvistiga ärenden.
- 57 Storhertigdömet Luxemburg anser att notarierna bedriver verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt. Notariebestyrkta handlingar medför nämligen rättsverkningar som går utöver vad som gäller enligt allmänna regler. Dessutom har notarierna en särskild ställning inom den luxemburgska rättsordningen.
- 58 En officiell handling utgör fullständigt bevis för de förklaringar och vittnesmål som anges däri, och den är dessutom ett bevismedel som har det högsta bevisvärdet bland skriftliga bevis. Äktheten kan endast bestridas genom ett särskilt förfarande där en invändning om urkundsförfalskning framställs.
- 59 Officiella handlingar får dessutom läggas till grund för verkställighet, utan att någon dom erfordras. Borgenären behöver således endast ge in en verkställbar kopia av den aktuella handlingen till en förrättningsman, som vidtar åtgärder för att utmäta fordringen med hjälp av offentliga tvångsmedel.
- 60 Republiken Slovakien har tillagt att notarien ska vägra att bestyrka handlingen såsom varande officiell, om de villkor som föreskrivs i lag inte är uppfyllda.

- 61 Storhertigdömet Luxemburg har dessutom erinrat om att i samband med upprättandet av officiella handlingar har notarien till uppgift att uppbära skatt. Notarien tar därvid emot eventuella stämpelskatter.
- 62 Medlemsstaten anser i övrigt att den juridiska rådgivning som notarierna bistår med vid upprättandet av officiella handlingar snarare utgör en förberedande, obligatorisk och konnex beståndsdel i detta upprättande.
- 63 Vad sedan beträffar notariens ställning inom den luxemburgska rättsordningen, har Storhertigdömet Luxemburg gjort gällande följande. Notarien har en offentlig ställning, vilket framgår bland annat av att staten utövar strikt tillsyn samt av att förhållandet mellan notarien och staten präglas av förtroende och solidaritet. Dessutom finns det yttre tecken som vittnar om denna offentliga ställning, såsom att notarien får använda sig av statens sigill, att notarien avlägger ed, att notarien har en oberoende ställning och att notarien måste följa regler om att inte bedriva annan verksamhet.
- 64 Storhertigdömet Luxemburg har vidare gjort gällande att notarierna enligt den luxemburgska rättsordningen har anförtrots vissa uppgifter som visar att de bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.
- 65 Vad gäller notariernas göromål i fråga om utmätning av fast egendom, har Storhertigdömet Luxemburg uppgett att domstol enligt artikel 832 i nya tvistemålsprocesslagen utser en notarie som anordnar den exekutiva auktionen. Notarien har därvid anförtrots ett heltäckande uppdrag. Parterna får dessutom, i enlighet med artikel 879 i nämnda lag, komma överens i ett officiellt avtal om att borgenären får ge en notarie i uppdrag att ombesörja försäljningen av den intecknade egendomen, utan att följa de lagstadgade formkrav som gäller vid utmätning av fast egendom.

- 66 Att notarierna bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt framgår dessutom av att notariebestyrkta handlingar skrivs in i fastighetsregistret. Detta följer av artikel 2 i lagen av den 25 september 1905 om fastighetsregister.
- 67 När fast egendom ägs av underåriga eller av omyndigförklarade vuxna personer ska förmyndarskapsdomstolen utse en notarie som får i uppdrag att ombesörja offentlig försäljning enligt artikel 1180 i nya tvistemålsprocesslagen. Vid uppgörelser i godo får förmyndarskapsdomstolen utse en notarie som ombesörjer försäljning.
- 68 Enligt artikel 1167 och följande artiklar i nämnda lag har notarien dessutom i uppdrag att upprätta en förteckning över tillgångar och skulder vid dödsfall, äktenskapsskillnad (avseende giftorättsgods) eller vid samäganderätt. Om komplikationer uppstår ska notarien däremot vända sig till domstol.
- 69 När de parter som har rätt att närvara vid avlägsnandet av försegling av egendom inte är närvarande, utser ordföranden för domstolen ex officio, med tillämpning av artikel 1152 i nya tvistemålsprocesslagen, en notarie som företräder dem.
- 70 Enligt artikel 815 och följande artiklar i civillagen har notarien flera uppdrag som rör upphörande av samäganderätt. Bland annat bestämmer notarien förmögenhetsmassan som ska fördelas, upprättar lotter, ombesörjer lottdragning och upprättar i förekommande fall ett protokoll om vari svårigheterna består. Eventuella bestridanden ska hänskjutas till domstol.
- 71 Storhertigdömet Luxemburg och Republiken Litauen har vidare gjort gällande att unionslagstiftaren har bekräftat att notarier utövar verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt. De har i denna del hänvisat till de unionsrättsakter och folkrättsliga instrument som nämns i punkterna 48–51 ovan, vilka antingen slår fast att nämnda rättsakter och instrument inte är tillämpliga på notarier, av den

anledningen att deras verksamhet är förenad med utövandet av offentlig makt, eller erkänner att notariebestyrkta handlingar är att jämställa med domstolsavgöranden eller med dokument som härrör från offentlig myndighet. Republiken Litauen har tillagt att parlamentet, i 1994 och 2006 års resolutioner, har bekräftat att notarier bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.

- ⁷² Storhertigdömet Luxemburg har alternativt gjort gällande att det är nödvändigt att notarierna kan arbeta på luxemburgska. Syftet med det aktuella nationalitetskravet är att säkerställa att Luxemburgs historia, kultur, tradition och nationella identitet respekteras i den mening som avses i artikel 6.3 EU.

Domstolens bedömning

– Inledande synpunkter

- ⁷³ Kommissionen har i sin första anmärkning gjort gällande att Storhertigdömet Luxemburg hindrar medborgare i andra medlemsstater från att etablera sig i landet för att arbeta som notarier, genom att endast ge luxemburgska medborgare tillträde till detta yrke, vilket strider mot artikel 43 EG.
- ⁷⁴ Anmärkningen gäller således bara det nationalitetskrav som uppställs i tillämplig luxemburgsk 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 luxemburgska 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. Lika litet avser kommissionens anmärkning tillämpningen av fördragsbestämmelserna om fri rörlighet för arbetstagare.

– Prövning i sak

- 77 Artikel 43 EG är en av de grundläggande bestämmelserna i unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Reyners, punkt 43).
- 78 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).
- 79 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).

- 80 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).
- 81 I detta mål är det emellertid fråga om nationell lagstiftning som innebär att endast luxemburgska medborgare får arbeta som notaries. Detta medför att personer behandlas olika beroende på vilken nationalitet de har, vilket i princip är förbjudet enligt artikel 43 EG.
- 82 Storhertigdömet Luxemburg har dock gjort gällande att notariernas verksamhet inte omfattas av artikel 43 EG, eftersom notaries 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 anförtrots i den luxemburgska rättsordningen omfattas av detta begrepp.
- 83 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).

- ⁸⁴ 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).
- ⁸⁵ 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).
- ⁸⁶ 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 beslutsamt (se, för ett liknande resonemang, dom 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).

- ⁸⁷ Med beaktande av dessa överväganden kommer domstolen att pröva om de göromål som anförtratts notarier i den luxemburgska rättsordningen är direkt och specifikt förenade med utövande av offentlig makt.
- ⁸⁸ 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).
- ⁸⁹ Storhertigdömet Luxemburg och kommissionen är ense om att notariers huvudsakliga göromål i den luxemburgska rättsordningen 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.
- ⁹⁰ Enligt den luxemburgska 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.

- 91 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.
- 92 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.
- 93 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 Storhertigdömet Luxemburgs inställning.
- 94 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.
- 95 Såsom Storhertigdömet Luxemburg har 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.

- 96 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.
- 97 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 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.
- 98 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.
- 99 Inte heller juridisk rådgivning och juridiskt biträde som notarien tillhandahåller i samband med att han eller hon bestyrker äktheten i den aktuella handlingen eller avtalet kan anses utgöra verksamhet som är förenad med utövande av offentlig makt, inte ens då det finns en lagstadgad skyldighet för notarien att tillhandahålla sådan rådgivning eller sådant biträde (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan nämnda målet *Reyners*, punkt 52).

- 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. Artikel 1319 i civillagen handlar om bevisvärdet hos officiella handlingar. Bestämmelsen återfinns i kapitel VI, som har rubriken "Om bevis på förpliktelser och om bevis på betalning". 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 I artikel 1322 i civillagen föreskrivs dessutom – vilket vitsordats av Storhertigdömet Luxemburg – att undertecknade handlingar, som erkänts av den mot vilken handlingen görs gällande eller som enligt lag ska anses ha erkänts, ska mellan dem som undertecknat handlingen samt mellan deras arvtagare och rättighetsinnehavare, ha "samma bevisvärde som den officiella handlingen".
- 103 Vad därefter beträffar den omständigheten att den officiella handlingen får läggas till grund för verkställighet, delar domstolen Storhertigdömet Luxemburgs bedömning att detta gör det möjligt att låta verkställa de förpliktelser som stipuleras i handlingen utan att först behöva gå till domstol.
- 104 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. Det är visserligen 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.

¹⁰⁵ Domstolen kommer även att pröva om de övriga göromål som anförtrots notaries i den luxemburgska rättsordningen och som Storhertigdömet Luxemburg har hänvisat till är direkt och specifikt förenade med utövande av offentlig makt.

¹⁰⁶ Såvitt gäller de göromål som notarierna anförtrots i fråga om utmätning av fast egendom, gör domstolen följande bedömning. Notariens uppgift består därvid huvudsakligen i att se till att egendomen säljs, om domstol gett tillstånd till sådan försäljning. Notarien ombesörjer erforderlig publicering och upprättar en förteckning med uppgift om försäljningsdag, och denna förteckning ska innehålla en förklaring om att influtna medel ska övergå till borgenärerna.

¹⁰⁷ Domstolen konstaterar i denna del att notarien inte själv är behörig att göra utmätningen. Dessutom är det behörig domstol som utser notarien och ger denne i uppdrag att anordna en exekutiv auktion av egendomen, efter att domstolen tagit ställning till det som eventuellt gjorts gällande i ansökan. Varje begäran som rör utmätning av fast egendom ska hänskjutas till behörig domstol. Även om borgenären fått tillstånd, i ett officiellt avtal, att ge en notarie i uppdrag att ombesörja försäljningen utan att följa de lagstadgade formkrav som gäller för utmätning av fast egendom (i enlighet med artikel 879 i nya tvistemålsprocesslagen som Storhertigdömet Luxemburg har hänvisat till), så ska notarien, om invändning framställs, avbryta vidare handläggning och hänskjuta ärendet till ordföranden för behörig domstol.

- 108 Notarierna utför således sina göromål i fråga om utmätning av fast egendom under tillsyn av domstol. Eventuella bestridanden ska hänskjutas till domstol, som är den som avgör ärendet. Notariernas göromål kan således inte i sig anses utgöra någon verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Thijssen, punkt 21, domarna av den 29 november 2007 i de ovannämnda målen kommissionen mot Österrike, punkterna 41 och 42, och kommissionen mot Tyskland, punkterna 43 och 44, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkterna 37 och 41).
- 109 Domstolen gör samma bedömning vad gäller de göromål som notarierna anförtrotts i enlighet med artiklarna 1177–1184 i nya tvistemålsprocesslagen i fråga om viss försäljning av fast egendom. Det framgår nämligen av dessa bestämmelser att det är domstol som är behörig att bestämma huruvida tillstånd ska ges till sådan försäljning.
- 110 Vad sedan gäller notariernas göromål i fråga om upprättande av förteckning över tillgångar och skulder vid dödsfall, äktenskapsskillnad (avseende giftorättsgods) eller vid samäganderätt samt i fråga om försegling av egendom och avlägsnande av försegling, finner domstolen att det är fredsdomaren som ska ge sitt tillstånd till dessa åtgärder. Om komplikationer uppstår ska notarien med tillämpning av artikel 1168 i nya tvistemålsprocesslagen vända sig till ordföranden för domstolen i första instans.
- 111 När det därefter gäller notariernas göromål i fråga om upphörande av samäganderätt, är det domstol som har att fatta beslut om att samägandet ska upphöra i enlighet med artikel 822 i civillagen. Notarien blir bara inblandad om parterna kommit överens om att det är notarien som ska ombesörja försäljningen av det oskiftade boet. I sådant fall har notarien till uppgift att bland annat upprätta förteckning över tillgångar och skulder, bestämma förmögenhetsmassan och fördela lotterna. Även i detta fall är det emellertid domstolen som avgör eventuella tvister. Notarien kan således därvid inte anses bedriva verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.

- 112 Beträffande de notariegöromål som anges i punkterna 106–111 ovan, påpekar domstolen, i likhet med vad som påpekats i punkt 86 ovan, att arbetsuppgifter som består i medverkan – till och med obligatorisk sådan – vid domstolarnas fullgörande av sina uppgifter inte utgör någon verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt (domen i det ovannämnda målet Reyners, punkt 51).
- 113 När det sedan gäller den omständigheten att officiella handlingar rörande transaktioner av fast egendom ska skrivas in i fastighetsregistret, finner domstolen att denna omständighet saknar direkt relevans för utgången i detta mål. Det är inskrivningsdomaren som har ansvaret för inskrivningen och för att åtgärder vidtas för att offentliggöra inskrivna handlingar. Notarien kan således i denna del inte anses bedriva verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.
- 114 Vad sedan gäller notariens uppdrag att uppbära skatter när notarien tar emot stämpelskatter för registrering och inteckningar, gör domstolen följande bedömning. Denna verksamhet kan inte i sig anses utgöra verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt. Det ska härvid preciseras att notarien uppbär skatt för gäldenärens räkning, att notarien överför motsvarande belopp till skattemyndigheten och att denna verksamhet inte skiljer sig väsentligt från tillvägagångssättet vid uppbörd av mervärdesskatt.
- 115 Vad därefter beträffar notariernas särskilda ställning i den luxemburgska rättsordningen, erinrar domstolen om att det i punkterna 85 och 88 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.

- 116 Det finns emellertid anledning att göra två påpekanden i denna del. För det första är det utrett att vardera parten fritt får välja vilken notarie som ska anlitas enligt artikel 7.4 i lagen om organisering av notarieämbetet, när det inte i lag föreskrivs att notarie ska utses. 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.
- 117 För det andra ska det påpekas att notarierna gentemot sina klienter är direkt och personligen ansvariga för skador som vållas genom fel eller försummelse i tjänsten. Detta har även påpekats av kommissionen utan att motsägas av Storhertigdömet Luxemburg på denna punkt.
- 118 Storhertigdömet Luxemburg kan inte heller vinna framgång med sina argument som rör vissa unionsrättsakter och folkrättsliga instrument. När det gäller de rättsakter som nämns i punkt 48 ovan, preciserar domstolen att enbart den omständigheten att lagstiftaren har undantagit notaries från en viss rättsakts tillämpningsområde inte i sig innebär att notarierna med nödvändighet omfattas av undantaget i artikel 45 första stycket EG. Vidare anges i skäl 41 i direktiv 2005/36 att direktivet inte "påverkar ... tillämpningen av ... artikel 45 [EG], som bland annat rör notarius publicus". Härav följer att unionslagstiftaren inte tagit ställning till om artikel 45 första stycket EG kan tillämpas på notarieryrket.
- 119 Domstolen finner vidare att inte heller de argument som grundas på de i punkterna 49 och 50 ovan angivna unionsrättsakterna är relevanta. De förordningar som nämns i punkt 49 avser erkännande och verkställighet av officiella handlingar, vilka bevitnats och får läggas till grund för verkställighet i en medlemsstat. Dessa förordningar påverkar följaktligen inte tolkningen av artikel 45 första stycket EG. Samma bedömning görs beträffande de unionsrättsakter som nämns i punkt 50 ovan. I likhet med vad som gjorts gällande av kommissionen, finner domstolen nämligen att dessa rättsakter

endast ger notarier – liksom andra behöriga myndighetspersoner som utsetts av staten – i uppdrag att bestyrka fullgörandet av vissa handlingar och formkrav innan bolag ändrar ort för bolagets säte, innan bolag bildas och innan bolag fusioneras med varandra.

- 120 Storhertigdömet Luxemburg kan inte heller vinna framgång med de argument som hänför sig till artikel 1 i konventionen om slopande av kravet på legalisering av utländska allmänna handlingar, som träffades i Haag den 5 oktober 1961. Denna bestämmelse definierar nämligen endast begreppet "allmän handling" i den mening som avses i konventionen.
- 121 Vad sedan gäller 1994 och 2006 års resolutioner (se punkt 52 ovan) betonar domstolen att dessa saknar rättsverkningar, 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.
- 122 Domstolen gör vidare följande bedömning av Storhertigdömet Luxemburgs 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.

- 123 Storhertigdömet Luxemburg 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).
- 124 Storhertigdömet Luxemburg har även gjort gällande att det är nödvändigt att se till att notarierna arbetar på luxemburgska, och domstolen gör i denna del följande bedömning. Den första anmärkningen i detta mål gäller enbart det aktuella nationalitetskravet. Även om skyddet för den nationella identiteten i medlemsstaterna utgör ett legitimt mål som beaktas i unionens rättsordning (såsom för övrigt medges i artikel 4.2 FEU), kan det intresse som storhertigdömet har åberopat skyddas på ett ändamålsenligt sätt genom andra medel än genom en allmän utestängning av medborgare från övriga medlemsstater (se, för ett liknande resonemang, dom av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg, REG 1996, s. I-3207, punkt 35).
- 125 Mot denna bakgrund finner domstolen att de notariegöromål som definieras i den nu gällande luxemburgska 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.
- 126 Det nationalitetskrav som uppställs i luxemburgsk rätt för tillträde till notarieyrket utgör således sådan diskriminering på grund av nationalitet som är förbjuden enligt artikel 43 EG.
- 127 Kommissionens talan i denna del ska därför bifallas.

Den andra anmärkningen

Parternas argument

- ¹²⁸ Kommissionen har gjort gällande att Storhertigdömet Luxemburg inte införlivat direktiv 89/48 såvitt avser notarieyrket. Kommissionen anser att notarieyrket inte faller utanför direktivets tillämpningsområde, eftersom notaries varken direkt eller specifikt deltar i utövandet av offentlig makt.
- ¹²⁹ Kommissionen har vidare erinrat om att medlemsstaterna enligt direktiv 89/48 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 notaries 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 notaries utses.
- ¹³⁰ Förenade kungariket anser dessutom att hänvisningen till notarieyrket i skäl 41 i direktiv 2005/36 inte innebär att direktivet inte är tillämpligt på detta yrke i dess helhet.
- ¹³¹ Storhertigdömet Luxemburg har inte framställt någon invändning om rättegångshinder i denna del, men har likväl gjort gällande att den andra anmärkningen avser underlåtenhet att införliva direktiv 89/48, inte direktiv 2005/36. Direktiv 2005/36 upphävde emellertid direktiv 89/48 från och med den 20 oktober 2007.

- ¹³² I sak har Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Ungern, Republiken Polen och Republiken Slovakien gjort gällande följande. I skäl 41 i direktiv 2005/36 anges uttryckligen att direktivet inte ”påverkar ... tillämpningen av artikel 39.4 [EG] och artikel 45 [EG], som bland annat rör notarius publicus”. Detta förbehåll ger vid handen att notarieyrket omfattas av artikel 45 första stycket EG, vilket innebär att direktiv 2005/36 inte är tillämpligt på detsamma. Republiken Litauen har dessutom påpekat att ett liknande men inte lika specifikt förbehåll återfinns i tolfte skälet i direktiv 89/48.

Domstolens bedömning

– Upptagande till sakprövning

- ¹³³ 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 ut 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).
- ¹³⁴ Storhertigdömet Luxemburgs 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).

135 Storhertigdömet Luxemburgs invändning ska således avslås.

– Prövning i sak

136 Kommissionen har gjort gällande att Storhertigdömet Luxemburg inte införlivat direktiv 89/48 såvitt avser notarieyrket. Domstolen kommer således att först pröva om direktiv 89/48 är tillämpligt på notarieyrket.

137 Det finns därvid anledning att ta hänsyn till den lagstiftningsrelaterade kontexten till direktiv 89/48.

138 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.

139 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.

140 Under åren efter direktivets antagande uppgav parlamentet, i 1994 och 2006 års resolutioner (se punkterna 52 och 121 ovan), å ena sidan att artikel 45 första stycket EG till

fullo skulle tillämpas på notarieyrket som sådant, medan parlamentet å andra sidan uppgav sig vilja se att nationalitetskravet avskaffades för detta yrke.

- ¹⁴¹ 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 – vilket även framgår av punkt 118 ovan – att unionslagstiftaren inte har tagit ställning till huruvida artikel 45 första stycket EG, och därmed direktiv 2005/36, kan tillämpas på notarieyrket.

- ¹⁴² 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".

- 143 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 direktiv 89/48 såvitt avser notarieyrket.
- 144 Kommissionens talan kan därför inte bifallas såvitt avser den andra anmärkningen.
- 145 Domstolen fastställer därmed att Storhertigdömet Luxemburg har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att föreskriva ett nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket. Talan ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

- 146 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.
- 147 Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna ska de medlemsstater som intervenerat i målet bära sina rättegångskostnader. Republiken Tjeckien, Republiken Frankrike, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Polen, Republiken Slovakien och Förenade kungariket ska därför bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

- 1) Storhertigdömet Luxemburg 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, Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Tjeckien, Republiken Frankrike, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Polen, Republiken Slovakien och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland ska bära sina rättegångskostnader.**

Underskrifter