DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

24. maj 2011 *

I sag C-53/08,

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

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

sagsøger,

støttet af:

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

intervenient,

* Processprog: tysk.

mod

Republikken Østrig ved E. Riedl, M. Aufner og G. Holley, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

støttet af:

Den Tjekkiske Republik ved M. Smolek, som befuldmægtiget

Forbundsrepublikken Tyskland ved M. Lumma og J. Kemper, som befuldmægtigede

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

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

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

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

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

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

Den Slovakiske Republik ved J. Čorba, som befuldmægtiget,

intervenienter,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

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

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

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

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

afsagt følgende

Dom

1 I sin stævning har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og 45 EF samt Rådets direktiv 89/48/EØF af 21. december 1988 om indførelse af en generel ordning for gensidig anerkendelse af eksamensbeviser for erhvervskompetencegivende videregående uddannelser af mindst tre års varighed (EFT 1989 L 19, s. 16), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/19/EF af 14. maj 2001 (EFT L 206, s. 1, herefter »direktiv 89/48«), og/eller Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF af 7. september 2005 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (EUT L 255, s. 22), idet den stiller krav om nationalitet for adgang til erhvervet som notar og ved ikke, for så vidt angår dette erhverv, at have gennemført de nævnte direktiver.

Retsforskrifter

EU-retten

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

3 Artikel 2 i direktiv 89/48 lyder således:

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

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

4 Erhvervet som notar er ikke genstand for nogen regulering af den type, der er nævnt i artikel 2, stk. 2

5 Direktiv 89/48 fastsatte en gennemførelsesfrist, der i overensstemmelse med artikel 12 udløb den 4. januar 1991.

6 Direktiv 2005/36 ophævede i henhold til artikel 62 direktiv 89/48 med virkning fra den 20. oktober 2007.

7 Niende betragtning til direktiv 2005/36 har følgende ordlyd:

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

8 14. betragtning til dette direktiv har følgende ordlyd:

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

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

Nationale bestemmelser

Den generelle organisering af erhvervet som notar

10 Notarer udøver deres virksomhed som liberalt erhverv i den østrigske retsorden. Organiseringen af erhvervet som notar er reguleret i Notariatsordnung af 25. juli 1871 (BGBl. 75/1871), som ændret ved BGBl. I, 164/2005 (notarforordningen, herefter »NO«).

11 I henhold til NO's § 1, stk. 1, udpeges notarer »af staten og gives beføjelser til at oprette og udstede […] officielt bekræftede dokumenter i form af erklæringer, retsakter og attestering af faktiske omstændigheder, der kan danne grundlag for rettigheder, [samt] opbevare dokumenter, der betros dem af parterne«.

12 I henhold til NO's § 8 udøver notarerne deres beføjelser på hele Republikken Østrigs område.

13 Antallet af notarer, deres placering og forretningssted er fastsat i justitsministeriel bekendtgørelse, således som fastsat i NO's § 9.

14 Vederlaget for notarer fastsættes i overensstemmelse med Bundesgesetz über den Notariatstarif (Notariatstarifgesetz) af 8. november 1973 (lov om satser for notarvederlag) (BGBl. 576/1973), med senere ændringer, og i Bundesgesetz über die

Gebühren der Notare als Beauftragte des Gerichtes (Gerichtskommissionstarifgesetz) af 3. marts 1971 (forbundslov om satser for notarvederlag ved udførelse af opgaver på retternes vegne (BGBl. 108/1971), med senere ændringer.

15 Notarerhvervet kan i henhold til NO's § 6, stk. 1, litra a), alene udføres af østrigsk statsborgere.

Notarvirksomheden

16 De opgaver, som udføres af notarer i den østrigske retsorden, kan inddeles i tre kategorier.

17 For det første er notaren i medfør af NO's § 1 beføjet til at bekræfte dokumenter eller aftaler. Notarens medvirken kan således være obligatorisk eller fakultativ, afhængigt af det dokument, der skal bekræftes notarielt. Ved sin medvirken konstaterer notaren, at alle gældende lovkrav med henblik på aftalens opfyldelse er opfyldt, samt at parterne har rets- og handleevne.

18 Et dokument oprettet for notar har beviskraft i henhold til § 292, stk. 1, i Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung) af 1. august 1985 (BGBl. 113/1895), med senere ændringer (den østrigske retsplejelov i borgerlige sager, herefter »ZPO«), der findes i kapitel III med overskriften »Bevismaterialet« i første afsnit i anden del af denne lov. Denne bestemmelse foreskriver, at bekræftede dokumenter, dvs. bl.a. de dokumenter, der er oprettet af en person, der er tillagt offentligretlige beføjelser, inden for rammerne af sine beføjelser og i den form, der er forskrevet i lovgivningen, har fuld beviskraft for så vidt angår de

oplysninger, der er bekræftet af denne person. I henhold til stk. 2 er der adgang til at føre modbevis for, at såvel oplysningerne med hensyn til de bekræftede begivenheder og faktiske omstændigheder som selve bekræftelsen ikke er korrekt.

19 ZPO's § 272 fastsætter princippet om retternes frie bevisbedømmelse.

20 I henhold til NO's § 3 er et dokument oprettet for notar eksigibelt, såfremt visse betingelser er opfyldt, såsom bl.a. at debitor har givet sit samtykke til iværksættelse af tvangsforanstaltninger uden forudgående anlæggelse af en retssag.

21 I henhold til § 1 i Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung) af 27. maj 1896 (RGBl. 79/1896), med senere ændringer (lov om fuldbyrdelse og sikrende retsmidler), er de dokumenter oprettet for notar, der er nævnt i NO's § 3, eksekutionsgrundlag som omhandlet i og til brug for denne lov.

22 Det følger af bestemmelserne i lov om fuldbyrdelse og sikrende retsmidler, at notaren ikke udfører nogen opgaver inden for rammene af selve tvangsfuldbyrdelsen.

23 For det andet har notaren i overensstemmelse med NO's § 5 kompetence til at udarbejde privat oprettede dokumenter samt til at repræsentere parter inden for rammerne af visse sager, der er udtømmende opregnet i denne bestemmelse.

24 For det tredje udfører notaren de former for virksomhed, der er opregnet i § 1, stk. 1, i Bundesgesetz über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes im Verfahren außer Streitsachen (Gerichtskommissärsgesetz) af 11. november 1970 (BGBl. 343/1970), som affattet i BGBl. I, 112/2003 (forbundsloven om notarers opgaver som

repræsentant for retterne i udenretlige sager, herefter »GKG«), når han agerer som »Gerichtskommissär« inden for rammerne af visse udenretlige procedurer.

25 Disse former for virksomhed omfatter visse opgaver på arveområdet med henblik på afvikling af skifte, såsom bl.a. konstatering af dødsfald, udarbejdelse af indbofortegnelse ved skifte, identificering af arvinger og modtagelse af deres erklæringer med henblik på udlodning af arven, opbevaring heraf samt iværksættelse af de nødvendige retsbevarende foranstaltninger til dette formål.

26 Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz) (BGBl. I, 111/2003), med senere ændringer (forbundslov om behandlingen af udenretslige sager, herefter »AußStrG«), indeholder detaljerede bestemmelser herom. Det fremgår således af denne lovs § 144, stk. 3, at notaren straks forelægger sagsakterne for retten, hvis den anmoder herom, eller såfremt en retsafgørelse er påkrævet.

27 AußStrG's §§ 160 og 161 bestemmer, at notaren i tilfælde af modstridende erklæringer med henblik på udlodning af arven, og såfremt der ikke kan opnås enighed herom, skal overlade spørgsmålet til retten, som efter en vurdering af parternes krav og beviser fastlægger arvingernes rettigheder.

28 I henhold til AußStrG's § 166, stk. 2, skal indsigelser om inddragelsen af et gode i boet afgøres af retten.

29 I overensstemmelse med AußStrG's §§ 177 og 178 træffer retten afgørelse om fastsættelse af arvelodderne til arvingerne.

30 Andre opgaver, som i henhold til GKG er tillagt notarer uden for området for arveret, omfatter bl.a. vurdering og salg af løsøre og fastejendom, udarbejdelse af indbofortegnelser samt regulering af arv i privat skifte.

31 Notarer har i henhold til GKG's § 1, stk. 2, ikke kompetence til bl.a. at træffe retsafgørelser, optage rapport om indgåelse af retsforlig eller mulighed for at iværksætte tvangsforanstaltninger som omhandlet i AußStrG's § 79.

32 I overensstemmelse med GKG's § 7 skal notaren udføre de i denne doms præmis 24-30 beskrevne opgaver inden for de af retten fastsatte frister. I tilfælde af overskridelse af disse frister fratages notaren opgaven, og en anden notar udpeges i hans sted.

33 Således som det fremgår af GKG's § 7a, udfører notaren de ovennævnte opgaver under rettens tilsyn. I denne henseende kan retten bl.a. iværksætte de nødvendige undersøgelser, anmode notaren om rapporter om hans virksomhed og pålægge ham visse opgaver. I henhold til bestemmelsens stk. 2 skal indsigelser mod foranstaltninger iværksat af notaren eller dennes adfærd endvidere fremsættes for retten.

Den administrative procedure

34 Kommissionen har modtaget en klage for så vidt angår nationalitetskravet med henblik på adgang til erhvervet som notar i Østrig. Efter at have undersøgt denne klage tilsendte Kommissionen Republikken Østrig en åbningsskrivelse den 8. november 2000, hvori den bl.a. opfordrede Republikken Østrig til inden for en frist på to måneder at fremsætte sine bemærkninger om dels det nævnte nationalitetskravs overensstemmelse med artikel 45, stk. 1, EF, dels den manglende gennemførelse af direktiv 89/48 for så vidt angår erhvervet som notar.

35 Ved skrivelse af 23. januar 2001 besvarede Republikken Østrig denne åbningsskrivelse.

36 Kommissionen fremsendte den 16. juli 2002 en supplerende åbningsskrivelse til denne medlemsstat, hvori den gjorde gældende, at medlemsstaten havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF samt direktiv 89/48.

37 Republikken Østrig besvarede Kommissionens supplerende åbningsskrivelse ved skrivelse af 12. september 2002.

38 Da Kommissionen ikke fandt Republikken Østrigs argumenter overbevisende, fremsendte den den 18. oktober 2006 en begrundet udtalelse til denne medlemsstat, hvori den konkluderede, at medlemsstaten havde tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF samt direktiv 89/48. Kommissionen opfordrede den pågældende medlemsstat til at træffe de nødvendige foranstaltninger til at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder fra dens meddelelse.

39 Ved skrivelse af 19. december 2006 har Republikken Østrig redegjort for grundene til, at den mener, at Kommissionens standpunkt er ubegrundet.

40 På dette grundlag besluttede Kommissionen at anlægge nærværende sag.

Om søgsmålet

Første klagepunkt

Parternes argumenter

41 Med sit første klagepunkt har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet den har forbeholdt adgangen til erhvervet som notar for sine egne statsborgere.

42 Denne institution har indledningsvis anført, at adgangen til erhvervet som notar i visse medlemsstater ikke er undergivet noget krav om nationalitet, og at dette krav er blevet ophævet i andre medlemsstater, såsom Kongeriget Spanien, Den Italienske Republik og Den Portugisiske Republik.

43 Kommissionen har for det første henvist til, at artikel 43 EF er en af de grundlæggende bestemmelser i EU-retten, som har til formål at sikre, at statsborgere fra en medlemsstat, som, selv sekundært, vil etablere sig i en anden medlemsstat med henblik på at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed dér, behandles efter samme regler som landets egne statsborgere, og forbyder enhver forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

44 Denne institution samt Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland har gjort gældende, at artikel 45, stk. 1, EF skal fortolkes selvstændigt og ensartet (dom af 15.3.1988, sag 147/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1637, s. 8). For så vidt som bestemmelsen foreskriver en undtagelse til etableringsfriheden for virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, bør denne artikel desuden fortolkes strengt (dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, præmis 43).

45 Undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF bør således begrænses til virksomhed, som i sig selv er direkte og specifikt forbundet med udøvelse af offentligt myndighed (Reynersdommen, præmis 44 og 45). Ifølge Kommissionen indebærer begrebet offentlig myndighed udøvelsen af en vidtgående beslutningsbeføjelse, der falder uden for almindelig ret og kommer til udtryk i evnen til at handle uafhængigt af andre retssubjekters vilje eller endog imod denne vilje. Navnlig kommer offentlig myndighed i henhold til Domstolens praksis til udtryk ved udøvelsen af tvangsbeføjelser (dom af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, præmis 37).

46 Efter Kommissionens og Det Forenede Kongeriges opfattelse bør der sondres mellem virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, og virksomhed, der udøves i almenhedens interesse. Diverse erhverv er således tildelt særlige kompetencer i almenhedens interesse, uden at der herved er tale om udøvelse af offentlig myndighed.

47 Kommissionen og Det Forenede Kongerige har desuden henvist til, at artikel 45, stk. 1, EF i princippet omfatter bestemte former for virksomhed og ikke et helt erhverv, medmindre de pågældende former for virksomhed ikke kan udskilles fra resten af den virksomhed, der udøves i dette erhverv.

48 Kommissionen har for det andet undersøgt de forskellige former for virksomhed, som en notar udfører i den østrigske retsorden.

49 Hvad indledningsvis angår bekræftelsen af dokumenter og aftaler har Kommissionen gjort gældende, at notaren begrænser sig til at vidne om parternes vilje, efter at have rådgivet parterne, og at give denne vilje retsvirkninger. Inden for rammerne af denne virksomhed har notaren ikke nogen beslutningsbeføjelse i forhold til parterne.

50 Denne bekræftelse, som det tilkommer notarerne at foretage, indebærer ganske vist, at der gælder strenge betingelser for dem for så vidt angår deres kompetence og faglige integritet, men det indebærer ikke en direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed. Den omstændighed, at denne virksomhed i den østrigske retsorden anses for at henhøre til området for forebyggende ret, og at den overlades af staten til notarerne for at reducere retternes arbejdsbyrde, indebærer ikke, at denne virksomhed skal anses for svarende til en opgave med udøvelse af offentlig magt.

51 Desuden er en række opgaver, der tidligere blev betragtet som opgaver med udøvelse af offentlig magt, nu blevet privatiseret og udliciteret.

52 For så vidt angår de særlige egenskaber ved den bevisordning, der er knyttet til dokumenter oprettet for notar, er en tilsvarende beviskraft også knyttet til andre dokumenter, der ikke er omfattet af udøvelsen af offentlig myndighed, såsom de rapporter, der udarbejdes af autoriserede landbetjente, skovfogeder, jagtbetjente og fiskeribetjente.

53 Hvad angår eksigibiliteten af bekræftede dokumenter har Kommissionen anført, at forsyning med fuldbyrdelsespåtegning sker på trinnet forud for den egentlige fuldbyrdelse uden at være en del heraf. Eksigibiliteten giver således ikke notarerne nogen tvangsbeføjelser, idet de ikke er tvangsfuldbyrdende organer. Desuden skal enhver eventuel indsigelse gøres gældende for retten og ikke for notaren.

54 Hvad endvidere angår notarens virksomhed som »Gerichtskommissär« har Kommissionen anført, at den ikke kan anses for deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed, fordi notarer inden for rammerne af denne virksomhed ikke har nogen form for beslutnings- eller tvangsbeføjelse, dvs. magten til at påtvinge en part en beslutning mod dennes vilje. Under alle omstændigheder er denne virksomhed forberedende eller accessorisk i forhold til den virksomhed, der udføres af de judicielle instanser. Når en notar, der handler som »Gerichtskommissär«, iværksætter retsbevarende foranstaltninger, er han ikke tillagt noget egentligt skøn i den forbindelse.

55 Kommissionen har for det tredje, i lighed med Det Forenede Kongerige, gjort gældende, at de EU-retlige bestemmelser, der indeholder henvisninger til erhvervet som notar, ikke har betydning for anvendelsen af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF på dette erhverv.

56 Såvel artikel 1, stk. 5, litra d), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/31/EF af 8. juni 2000 om visse retlige aspekter af informationssamfundstjenester, navnlig elektronisk handel, i det indre marked (»direktivet om elektronisk handel«) (EFT L 178, s. 1) som 41. betragtning til direktiv 2005/36 udelukker kun notarvirksomhed fra deres anvendelsesområder, i det omfang den er direkte og specifikt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. Der er herved tale om et simpelt forbehold, der ikke har nogen betydning for fortolkningen af artikel 45, stk. 1, EF. Hvad angår artikel 2, stk. 2, litra l), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2006/123/EF af 12. december 2006 om tjenesteydelser i det indre marked (EUT L 376, s. 36), som udelukker

notarvirksomhed fra direktivets anvendelsesområde, har Kommissionen understreget, at det forhold, at lovgiver har valgt at udelukke en bestemt form for virksomhed fra dette direktivs anvendelsesområde, ikke indebærer, at artikel 45, stk. 1, EF finder anvendelse på denne virksomhed.

57 Hvad angår Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22. december 2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT 2001 L 12, s. 1) og Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 805/2004 af 21. april 2004 om indførelse af et europæisk tvangsfuldbyrdelsesdokument for ubestridte krav (EUT L 143, s. 15) er Kommissionen af den opfattelse, at disse forordninger begrænser sig til at fastsætte en forpligtelse for medlemsstaterne til at anerkende og fuldbyrde retsakter, der er eksigible i en anden medlemsstat.

58 Endvidere er Rådets forordning (EF) nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE) (EFT L 294, s. 1), Rådets forordning (EF) nr. 1435/2003 af 22. juli 2003 om statut for det europæiske andelsselskab (SCE) (EUT L 207, s. 1) samt Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26. oktober 2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar (EUT L 310, s. 1) ikke relevante for afgørelsen af den foreliggende tvist, eftersom de begrænser sig til at tildele notarer samt andre kompetente myndigheder, der er udpeget af staten, opgaven med at attestere, at visse handlinger og formaliteter, der kræves for flytning af et selskabs hjemsted og stiftelse og fusion af selskaber, er afsluttet.

59 Hvad angår spørgsmålet om Europa-Parlamentets beslutning af 23. marts 2006 om juridiske erhverv og samfundets interesse i et velfungerende retssystem (EUT C 292 E, s. 105, herefter »beslutning 2006«) er der tale om et rent politisk dokument, hvis indhold er tvetydigt, eftersom Europa-Parlamentet i denne beslutnings punkt 17 bekræfter, at artikel 45 EF bør finde anvendelse på erhvervet som notar, mens det i punkt 2 heri bekræfter formuleringen i sin beslutning af 18. januar 1994 om notarerhvervets

situation og struktur i Fællesskabets 12 medlemsstater (EFT C 44, s. 36, herefter »beslutning 1994«), hvori det udtrykte sit ønske om, at nationalitetskravet for adgang til erhvervet som notar, der var fastsat i flere medlemsstaters lovgivning, ville blive ophævet.

60 Kommissionen og Det Forenede Kongerige har tilføjet, at den sag, der lå til grund for dommen af 30. september 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (sag C-405/01, Sml. I, s. 10391), hvortil flere medlemsstater har henvist i deres skriftlige indlæg, vedrørte skibsførere og overstyrmænd på handelsskibes udøvelse af en lang række sikkerheds- og politimæssige funktioner samt bemyndigelse til at foretage notar- eller registreringsfunktioner. Domstolen har således ikke haft lejlighed til i detaljer at tage stilling til de forskellige former for virksomhed, der udøves af notarer, i lyset af artikel 45, stk. 1, EF. Følgelig er den nævnte dom ikke tilstrækkelig til, at det kan konkluderes, at denne bestemmelse finder anvendelse på notarer.

61 I modsætning til det af Republikken Østrig anførte sondres der i Domstolens praksis endvidere mellem notarer og offentlige myndigheder, idet Domstolen anerkender, at et bekræftet dokument kan være attesteret af en offentlig myndighed eller et andet organ, der er bemyndiget hertil (dom af 17.6.1999, sag C-260/97, Unibank, Sml. I, s. 3715, præmis 15 og 21).

62 Republikken Østrig har, støttet af Den Tjekkiske Republik, Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Republikken Letland, Republikken Litauen, Republikken Ungarn, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik, gjort gældende, at notarvirksomhed indebærer deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed og derfor er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF.

63 Republikken Østrig har for det første gjort gældende, at artikel 45 EF garanterer medlemsstaternes ret til suverænt at definere de regler, som de ønsker skal gælde for

adgangen til de erhverv, der på varig måde eller lejlighedsvis indebærer deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed. Ifølge denne medlemsstat hviler Kommissionens fortolkning af artikel 45 EF på en del af Domstolens praksis, der ikke er relevant i det foreliggende tilfælde. Derimod fastslog Domstolen i dommen i sagen Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, at de opgaver, der på notarområdet er tillagt kaptajner på spanske søfartøjer, indebærer deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed.

64 Republikken Østrig, Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik har desuden gjort gældende, at udøvelse af offentlig myndighed ikke kan være begrænset til kun at opfatte de former for virksomhed, der indebærer udøvelse af tvangsbeføjelser, eller til de beføjelser, der er tillagt retterne. Andre former for virksomhed kan ligeledes være omfattet af begrebet udøvelse af offentlig myndighed, når de bl.a. er karakteriseret ved udøvelsen af særlige beføjelser.

65 For det andet viser den særlige status for notarer i den østrigske retsorden ifølge Republikken Østrig bl.a. i kraft af den udnævnelsesprocedure samt den ordning med uafsættelighed, uforeneligheder og uafhængighed, der gælder for dem, at de tilhører den offentlige myndighed. Denne medlemsstat har ligeledes gjort gældende, at erhvervet som notar frembyder en enhedskarakter, og at de forskellige former for virksomhed, der udøves inden for rammerne af dette erhverv, ikke kan adskilles herfra.

66 For det tredje har den virksomhed med bekræftelse, der udøves af notarer, ifølge Republikken Østrig til formål endeligt at løse tvister eller forhindre, at der iværksættes borgerlige søgsmål, og at levere et eksekutionsgrundlag. Dokumenter oprettet for notar kan kun anfægtes ved anlæggelse af en retssag og udelukkende på et strengt defineret grundlag.

67 Disse bekræftede dokumenter har desuden en forstærket beviskraft, der er bindende for retterne i udøvelsen af deres skønsbeføjelser. De er ligeledes eksigible. Såvel fuldbyrdelsesproceduren som den forudgående procedure med henblik på fastsættelsen af eksekutionsgrundlaget befinder sig i selve kernen af den statslige udøvelse af den offentlige myndighed. Det følger heraf, at notarers virksomhed med udarbejdelse af bekræftede dokumenter er direkte og specifikt knyttet til udøvelsen af offentlig myndighed.

68 Hvad for det fjerde angår de former for virksomhed, som notarer udøver i kraft af deres rolle som »Gerichtskommissär«, har Republikken Østrig gjort gældende, at notarer afholder domstolslignende procedurer på arveområdet, hvor de uafhængigt af parternes vilje, eller endog imod denne vilje, kan træffe visse retsbevarende foranstaltninger af hensyn til arvens bevarelse, såsom bl.a. forbud mod adgang til bopæl eller erhvervslokaler, påførelse af forsegling heraf, blokering eller åbning af bankkonti, deponering og restitution af aktiver samt visse foranstaltninger med hensyn til procedurens afholdelse.

69 Denne medlemsstat har ligeledes anført, at notarer, når de handler som »Gerichtskommissär«, kan påføre staten et erstatningsansvar. Notarer anses desuden for tjenestemænd i relation til anvendelsen af straffeloven.

70 For det femte placerer de EU-retsakter, der er nævnt i denne doms præmis 56-58, dokumenter oprettet for notar på samme niveau som retsafgørelser. Parlamentet har desuden i beslutning 1994 og beslutning 2006 bekræftet, at notarerhvervet deltager i udøvelsen af offentlig myndighed.

71 Det fremgår desuden af Unibank-dommen, at oprettelse af bekræftede dokumenter, der foretages af en person, der er bemyndiget til officielt at bekræfte dokumenter, såsom en notar, er direkte og specifik forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

Domstolens bemærkninger

— Indledende bemærkninger

72 Med sit første klagepunkt foreholder Kommissionen Republikken Østrig at hindre adgangen for statsborgere fra andre medlemsstater til at etablere sig med henblik på at udøve erhvervet som notar på dets område ved i strid med artikel 43 EF at forbeholde adgangen til dette erhverv for sine egne statsborgere.

73 Dette klagepunkt knytter sig således alene til det nationalitetskrav, der er fastsat i den omhandlede østrigske lovgivning for adgangen til det nævnte erhverv, med hensyn til artikel 43 EF.

74 Det skal følgelig præciseres, at dette klagepunkt hverken vedrører notarers status og organisation i den østrigske retsorden eller andre betingelser for adgangen til erhvervet som notar i denne medlemsstat end nationalitetskravet.

75 Indledningsvis skal det, i lighed med det af Kommissionen under retsmødet anførte, bemærkes, at det første klagepunkt heller ikke vedrører anvendelsen af EF-traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser. Tilsvarende vedrører klagepunktet heller ikke anvendelsen af traktatens bestemmelser om arbejdskraftens frie bevægelighed.

— Realiteten

76 Det skal først bemærkes, at artikel 43 EF er en af de grundlæggende bestemmelser i EU-retten (jf. i denne retning bl.a. Reyners-dommen, præmis 43).

77 Begrebet etablering i denne bestemmelses forstand er et meget vidt begreb, som for en EU-statsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og drage fordel deraf, hvorved der inden for Unionen sker en begunstigelse af det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed (jf. bl.a. dom af 22.12.2008, sag C-161/07, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 10671, præmis 24).

78 Etableringsfriheden, der gælder for statsborgere i en medlemsstat på en anden medlemsstats område, indebærer bl.a. adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere (jf. bl.a. dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 13, og i denne retning dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 27). Med andre ord forbyder artikel 43 EF, at en medlemsstat i sin lovgivning for personer og selskaber, som udnytter retten til at etablere sig dér, fastsætter vilkår for deres udøvelse af virksomhed, som adskiller sig fra de vilkår, der er fastsat for landets egne statsborgere (dommen i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 28).

79 Formålet med artikel 43 EF er således at sikre, at statsborgere fra en medlemsstat, som etablerer sig i en anden medlemsstat med henblik på at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed dér, behandles efter samme regler som landets egne statsborgere, og den forbyder enhver form for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som f.eks. at de nationale lovgivninger indeholder restriktioner med hensyn til etableringsfriheden (dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 14).

80 I det foreliggende tilfælde forbeholder den anfægtede nationale lovgivning imidlertid adgangen til erhvervet som notar for østrigske statsborgere, hvorved der skabes en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som i princippet er forbudt i henhold til artikel 43 EF.

81 Republikken Østrig har imidlertid gjort gældende, at notarvirksomhed ikke er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 43 EF, eftersom notarer deltager i udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF. Der skal følgelig først tages stilling til rækkevidden af begrebet udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i denne sidstnævnte bestemmelse, og det skal herefter undersøges, om de opgaver, der er tillagt notarer i den østrigske retsorden, er omfattet af dette begreb.

82 Hvad angår begrebet »udøvelse af offentlig myndighed« som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF bemærkes, at der ved vurderingen heraf ifølge fast retspraksis skal tages hensyn til, at de ved denne artikel fastsatte begrænsninger i undtagelserne til denne frihed har EU-karakter, for at undgå, at den effektive virkning af traktaten på området for etableringsfriheden undergraves af ensidige beslutninger, der træffes af medlemsstaterne (jf. i denne retning Reyners-dommen, præmis 50, dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 8, og dom af 22.10.2009, sag C-438/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 10219, præmis 35).

83 Det følger ligeledes af fast retspraksis, at artikel 45, stk. 1, EF er en undtagelse fra den grundlæggende regel om etableringsfrihed. Som sådan skal denne undtagelse fortolkes således, at dens rækkevidde begrænses til det, der er strengt nødvendigt for at varetage de interesser, som bestemmelserne tillader medlemsstaterne at beskytte (dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 7, dom af 30.3.2006, sag C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Sml. I, s. 2941, præmis 45, og domme af 29.11.2007, sag C-393/05, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 10195, præmis 35, og sag C-404/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 10239, præmis 37 og 46, samt dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 34).

84 Endvidere har Domstolen gentagne gange fastslået, at den undtagelse, der er fastsat i artikel 45, stk. 1, EF, skal begrænses til virksomhed, som i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed (jf. Reyners-dommen, præmis 45, dom af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047, præmis 8, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 35, i sagen Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, præmis 46, i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36).

85 I denne henseende har Domstolen haft anledning til at fastslå, at visse former for virksomhed, der er vejledende eller forberedende i forhold til udførelsen af offentlig myndighed (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 22, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 38, i sagen Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, præmis 47, i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36), eller visse former for virksomhed, hvis udøvelse, selv om den indebærer selv regelmæssig og organisk kontakt med de administrative myndigheder eller retterne, ja endog obligatorisk deltagelse i deres funktion, ikke berører disse myndigheders skøn og den frie udøvelse af den dømmende magt (jf. i denne retning Reyners-dommen, præmis 51 og 53) eller endvidere visse former for virksomhed, der ikke omfatter udøvelse af beslutningsbeføjelser (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 21 og 22, dommen af 29.11.2007 i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 36 og 42, samt dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 38 og 44, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 36 og 41), tvang (jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 37) eller tvangsbeføjelser (jf. i denne retning dom af 30.9.2003, sag C-47/02, Anker m.fl., Sml. I, s. 10447, præmis 61, og dommen i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 44), ikke er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF.

86 Det skal i lyset af ovenstående betragtninger undersøges, om de opgaver, der er tillagt notarer i den østrigske retsorden, er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed.

87 For at kunne besvare dette spørgsmål må der tages hensyn til karakteren af den virksomhed, der udøves af medlemmerne af dette erhverv (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 9).

88 Med hensyn til oprettelsen af officielt bekræftede dokumenter skal notaren for det første bl.a. undersøge, om alle lovbestemte betingelser for at oprette dokumentet er opfyldt. Det bekræftede dokument har desuden beviskraft og er eksigibelt.

89 Det bemærkes i denne henseende, at det ifølge østrigsk ret er dokumenter og aftaler, som parterne frit har indgået, der bekræftes. Parterne bestemmer selv, inden for lovgivningens grænser, rækkevidden af deres rettigheder og forpligtelser og vælger frit de betingelser, de ønsker skal gælde, når de fremlægger et dokument eller en aftale til bekræftelse for notaren. Sidstnævntes medvirken forudsætter således, at der allerede foreligger samtykke eller viljesoverensstemmelse mellem parterne.

90 Notaren kan desuden ikke på egen hånd ændre den aftale, han skal bekræfte, uden først at have indhentet parternes samtykke.

91 Den opgave med bekræftelse af dokumenter, som er tillagt notaren, indebærer således ikke som sådan en deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF.

92 Den omstændighed, at visse dokumenter eller visse aftaler obligatorisk skal bekræftes for at være gyldige, ændrer ikke denne konklusion. Det er således sædvanligt, at diverse dokumenters gyldighed i de nationale retsordener og efter de dér fastsatte fremgangsmåder er betinget af iagttagelsen af formkrav eller endvidere obligatoriske bekræftelsesprocedurer.

93 Notarernes pligt til, inden et dokument eller en aftale bekræftes, at kontrollere, at alle lovbestemte betingelser for oprettelse af dette dokument eller denne aftale er opfyldt, og, såfremt dette ikke er tilfældet, at nægte at udstede en bekræftelse, kan heller ikke ændre ovenstående konklusion.

94 Notaren udøver ganske vist, således som Republikken Østrig har gjort gældende, denne kontrol ud fra et alment hensyn, nemlig hensynet til at sikre lovligheden og retssikkerheden for dokumenter, der udformes mellem private. Forfølgelsen af dette formål alene kan imidlertid ikke begrunde, at de nødvendige prærogativer med henblik herpå forbeholdes notarer, der er statsborgere i den pågældende medlemsstat.

95 Det at forfølge et alment hensyn er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at en bestemt virksomhed kan anses for en direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed. Det er ubestridt, at den virksomhed, der udøves inden for rammerne af diverse lovregulerede erhverv, ofte i de nationale retsordener omfatter en forpligtelse for de personer, der udøver disse erhverv, til at forfølge et sådant mål, uden at deres virksomhed derved må anses for udøvelse af offentlig myndighed.

96 Imidlertid er det forhold, at notarvirksomhed forfølger formål af almen interesse, som bl.a. er, at garantere lovligheden og retssikkerheden med hensyn til dokumenter, der oprettes mellem private, et tvingende alment hensyn, som kan begrunde eventuelle begrænsninger for artikel 43 EF, som udspringer af de særlige egenskaber for notarvirksomhed, såsom de rammer, der gælder for notarer i kraft af de ansættelsesprocedurer, der gælder for dem, begrænsning i deres antal og deres stedlige kompetence, eller endvidere reglerne for deres vederlag, uafhængighed, uforenelighed og uafsættelighed, for så vidt som disse begrænsninger gør det muligt og er nødvendige for at opnå disse formål.

97 Det er ligeledes korrekt, at notaren skal afvise at bekræfte et dokument eller en aftale, der ikke opfylder de lovbestemte betingelser, uanset parternes vilje. Efter et sådant afslag kan parterne imidlertid frit vælge, hvorledes den konstaterede ulovlighed skal udbedres, enten ved at ændre dokumentet eller aftalens indhold, eller ved at afstå fra dette dokument eller denne aftale.

98 Hvad angår den beviskraft og eksigibilitet, der er knyttet til dokumenter oprettet for notar, kan det ikke bestrides, at de giver disse dokumenter betydelige retsvirkninger. Imidlertid er det forhold, at en bestemt virksomhed omfatter oprettelse af dokumenter, der har disse virkninger, ikke tilstrækkeligt til at fastslå, at denne virksomhed må anses for direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF.

99 Hvad navnlig angår den beviskraft, der er knyttet til dokumenter oprettet for notar, skal det præciseres, at den udspringer af den bevisordning, der er fastsat i lovgivningen i den omhandlede retsorden. ZPO's § 292, som giver bekræftede dokumenter beviskraft, findes i kapitel III med overskriften »Dokumentbeviser« i denne lovs anden del, første afsnit. Den beviskraft, der tillægges et bestemt dokument ved lov, har således ikke direkte betydning for spørgsmålet, om virksomheden med hensyn til udarbejdelsen af dette dokument i sig selv udgør direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed, således som det kræves efter retspraksis (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 8, og dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 35).

100 Det fremgår desuden navnlig af ZPO's § 292, stk. 2, at der er adgang til at føre modbevis for, at såvel oplysningerne med hensyn til de bekræftede begivenheder og faktiske omstændigheder som selve bekræftelsen ikke er korrekt.

101 Det kan derfor ikke med rette gøres gældende, at et dokument oprettet for notar som følge af sin beviskraft ubetinget binder retten i udøvelsen af sit skøn, eftersom det er ubestridt, at retten træffer afgørelse efter sin inderste overbevisning og under hensyn til samtlige faktiske omstændigheder og beviser, der er indsamlet under retssagen. Princippet om rettens frie bevisbedømmelse er desuden fastsat i ZPO's § 272.

102 Hvad angår eksigibiliteten af et bekræftet dokument skal det, således som Republikken Østrig har gjort gældende, bemærkes, at bekræftelsen gør det muligt at fuldbyrde den forpligtelse, der er fastsat i dokumentet, uden forudgående deltagelse fra retten.

103 Denne eksigibilitet af et bekræftet dokument giver imidlertid ikke notarerne beføjelser, der indebærer en direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed. Eksigibiliteten af et dokument oprettet for notar er nemlig, som det nemlig fremgår af NO's § 3, bl.a. betinget af debitors samtykke til en eventuel tvangsfuldbyrdelse af denne akt, uden at der først indledes en retssag. Det følger heraf, at et dokument oprettet for notar ikke er eksigibelt uden debitors samtykke. Selv om notarens forsyning af det bekræftede dokument med fuldbyrdelsespåtegning således giver dette dokument eksigibilitet, udspringer den af parternes ønske om at oprette et dokument eller en aftale, efter at have undersøgt deres lovkonformitet hos notaren, og om at give det eller den denne eksigibilitet.

104 Hvad for det andet angår notarens kompetence til at udarbejde privat oprettede dokumenter såvel som til at repræsentere parterne i vel definerede tilfælde, skal det bemærkes, at den juridiske vejledning og bistand, der ydes af notaren, ikke kan anses for deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed, selv om den er obligatorisk eller er lovbestemt eksklusiv (jf. i denne retning Reyners-dommen, præmis 52).

105 Hvad for det tredje angår de former for virksomhed, der er tillagt notarer i henhold til GKG, skal det bemærkes, at notarer i det væsentlige er tillagt opgaver på arveområdet, såsom bl.a. konstatering af dødsfald, udarbejdelse af indbofortegnelse ved skifte, identificering af arvinger, opbevaring af arven samt iværksættelse af de nødvendige retsbevarende foranstaltninger til dette formål.

106 I denne henseende skal det for det første bemærkes, at notarer udfører disse opgaver under rettens tilsyn, idet retten på ethvert tidspunkt kan anmode om, at der afgives en rapport om gennemførelsen af disse opgaver, eller endog iværksætte en undersøgelse heraf, således som det følger af GKG's § 7a, stk. 1. I henhold til denne lovs § 7 kan retten ligeledes fratage notaren den opgave, denne er blevet betroet, hvis notaren ikke har udført sin opgave inden for de fastsatte frister. Hvis retten anmoder herom, skal notaren endvidere øjeblikkeligt forelægge den sagsakterne i overensstemmelse med AußStrG's § 144, stk. 3.

107 For det andet har notaren pligt til at forelægge enhver indsigelse om diverse aspekter af skiftet for retten med henblik på afgørelse heraf, således som det bl.a. fremgår af GKG's § 7a, stk. 2, og AußStrG's §§ 160 og 161 samt § 166, stk. 2. Det tilkommer ligeledes retten at fordele arven til arvingerne i overensstemmelse med AußStrG's §§ 177 og 178 og således afslutte proceduren.

108 De opgaver, der er tillagt notarer på arveområdet, forekommer således at blive udøvet under rettens tilsyn, for hvilken notaren også skal fremlægge eventuelle indsigelser, og som i øvrigt træffer afgørelse herom i sidste instans. Disse opgaver kan således ikke anses for at indebære en direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed (jf. i denne retning Thijssen-dommen, præmis 21, og dommen af 29.11.2007 i sagen Kommissionen mod Østrig, præmis 41 og 42, samt dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland, præmis 43 og 44, og i sagen Kommissionen mod Portugal, præmis 37 og 41).

109 Denne konklusion ændres ikke af det forhold, at notaren kan træffe visse retsbevarende eller organisatoriske foranstaltninger inden for rammen af udførelsen af de opgaver, der er tillagt ham på arveområdet. Denne kompetence er accessorisk i forhold til notarens hovedopgave, som er afvikling af det pågældende skift, hvortil disse foranstaltninger skal bidrage. Således som det fremgår af ovenstående præmis, kan denne opgave ikke anses for direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed.

110 Det samme gør sig gældende for så vidt angår de øvrige opgaver, der er tillagt notarer i henhold til GKG, dvs. bl.a. vurdering og salg af løsøre og fastejendom, udarbejdelse af indbofortegnelser samt regulering af arv i privat skifte, idet disse opgaver ligeledes udøves under rettens tilsyn, således som det fremgår af GKG's §§ 7 og 7a.

111 Hvad for det fjerde angår notarers særlige status i den østrigske retsorden er det tilstrækkeligt at bemærke, at det, således som det fremgår af denne doms præmis 84 og 87, er med hensyn til arten af den pågældende virksomhed isoleret set, og ikke denne status som sådan, at det skal undersøges, om denne virksomhed er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF.

112 Der bør dog foretages to præciseringer i denne henseende. For det første er det ubestridt, at det bortset fra de tilfælde, hvor en notar udpeges ved lov, står parterne frit for at vælge en notar. Selv om det er korrekt, at notarers vederlag er lovbestemt, gælder det ikke desto mindre, at kvaliteten af de ydelser, der leveres, kan variere fra én notar til en anden alt efter bl.a. den pågældende persons faglige kundskaber. Det følger heraf, at notarer, inden for rammerne af deres respektive stedlige kompetence, således som generaladvokaten har anført i punkt 18 i forslaget til afgørelse, udøver deres virksomhed under konkurrencemæssige betingelser, hvilket ikke er kendetegnende for udøvelse af offentlig myndighed.

113 For det andet kan Republikken Østrig ikke bestride ovennævnte konklusion med henvisning til, at notarer, når de handler som »Gerichtskommissär«, kan påføre staten et erstatningsansvar. Bortset fra dette særlige tilfælde er notarer nemlig eneansvarlige for handlinger udført inden for rammerne af deres erhvervsvirksomhed.

114 Det bemærkes for det femte, at Republikken Østrigs henvisning til visse EU-retsakter heller ikke ændrer denne konklusion. Hvad angår de i denne doms præmis 56 nævnte retsakter skal det præciseres, at det forhold, at lovgiver har valgt at udelukke notarvirksomhed fra anvendelsesområdet for en given retsakt, ikke indebærer, at denne virksomhed nødvendigvis er omfattet af undtagelsen i artikel 45, stk. 1, EF. Hvad navnlig angår direktiv 2005/36 fremgår det af ordlyden af 41. betragtning til dette direktiv, hvorefter det »ikke [berører] anvendelsen af [artikel 45 EF] i forbindelse med erhvervet som notar«, at EU-lovgiver netop ikke har taget stilling til anvendelse af artikel 45, stk. 1, EF på erhvervet som notar.

115 Hvad angår de forordninger, der er nævnt i denne doms præmis 57, skal det bemærkes, at de vedrører anerkendelse og fuldbyrdelse af bekræftede dokumenter, der er eksigible i en anden medlemsstat, og følgelig er uden betydning for fortolkningen af artikel 45, stk. 1, EF. Det samme gælder for så vidt angår de EU-retsakter, der er nævnt i denne doms præmis 58, i det omfang de, således som Kommissionen med rette har gjort gældende, begrænser sig til at tillægge notarer og andre kompetente myndigheder, der udpeges af staten, opgaven med at bekræfte, at visse handlinger og formaliteter, der kræves for flytning af et selskabs hjemsted, og stiftelse og fusion af selskaber, er afsluttet.

116 Hvad angår beslutning 1994 og beslutning 2006, der er nævnt i denne doms præmis 59, skal det bemærkes, at disse ikke har nogen som helst retsvirkninger, eftersom sådanne beslutninger, efter deres art, ikke er bindende retsakter. Det bemærkes videre, at selv om det heri anføres, at erhvervet som notar er omfattet af artikel 45 EF,

udtrykker Parlamentet i den første af disse beslutninger udtrykkeligt ønske om, at der træffes foranstaltninger for, at nationalitetsklausulen med henblik på adgang til erhvervet som notar ophæves, og dette synspunkt blev indirekte bekræftet i beslutning 2006.

117 Hvad for det sjette angår Republikken Østrigs argument med hensyn til dommen i sagen Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española skal det præciseres, at den sag, der lå til grund for dommen, vedrørte fortolkningen af artikel 39, stk. 4, EF og ikke artikel 45, stk. 1, EF. Det fremgår desuden af den doms præmis 42, at Domstolen, da den fastslog, at de opgaver, der udføres af kaptajner og øverstestyrmænd på handelsskibe, udgjorde deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed, havde samtlige de opgaver, som udøves af disse personer, for øje. Domstolen tog således ikke kun stilling til den ene tildeling af notaropgaver til kaptajner og øverstestyrmænd på skibe, dvs. modtagelse, opbevaring og overgivelse af testamenter, isoleret fra deres øvrige beføjelser, såsom navnlig den beføjelse til at udøve tvang eller iværksætte straffeforanstaltninger, der er tillagt dem.

118 Hvad angår Unibank-dommen, som Republikken Østrig ligeledes har henvist til, skal det fastslås, at den sag, der lå til grund for den dom, ikke på nogen måde vedrørte fortolkningen af artikel 45, stk. 1, EF. Domstolen fastslog desuden i nævnte doms præmis 15, at for at et dokument kan kvalificeres som et »officielt bekræftet« dokument som omhandlet i artikel 50 i konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1978 L 304, s. 17), skal en offentlig myndighed eller et andet organ, der af den stat, hvor dokumentet er udstedt, er bemyndiget hertil, medvirke.

119 Under disse omstændigheder skal det konkluderes, at notarvirksomhed, således som den for nuværende er defineret i den østrigske retsorden, ikke indebærer udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF.

120 Det skal således fastslås, at nationalitetskravet i den østrigske lovgivning om adgang til erhvervet som notar udgør forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, som er forbudt i medfør af artikel 43 EF.

121 Sammenfattende må det fastslås, at Kommissionens første klagepunkt er begrundet.

Om det andet klagepunkt

Parternes argumenter

122 Kommissionen foreholder Republikken Østrig ikke at have gennemført direktiv 89/48 for så vidt angår erhvervet som notar for perioden indtil den 20. oktober 2007 og direktiv 2005/36 for perioden efter denne dato.

123 Kommissionen er i lighed med Det Forenede Kongerige af den opfattelse, at erhvervet som notar er et lovreguleret erhverv som omhandlet i artikel 1, litra c), i direktiv 89/48, og at det følgelig er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde. 41. betragtning til direktiv 2005/36 har ikke til virkning at udelukke dette erhverv fra dette direktivs anvendelsesområde, medmindre nævnte erhverv er omfattet af artikel 45, stk. 1, EF, hvilket Kommissionen bestrider i den foreliggende sag. Hvis lovgiver havde ønsket at udelukke erhvervet som notar fra direktivets anvendelsesområde, var det desuden sket udtrykkeligt.

124 Kommissionen har gjort gældende, at direktiv 89/48 og direktiv 2005/36 gør det muligt for medlemsstaterne at fastsætte en egnethedstest eller stille krav om prøvetid, som kan sikre det høje kvalifikationsniveau, der kræves af notarer. Anvendelsen af disse direktiver ville desuden ikke have til virkning at hindre rekrutteringen af notarer ved hjælp af optagelsesprøve, men kun at give statsborgere fra andre medlemsstater adgang til denne optagelsesprøve. En sådan anvendelse ville desuden være uden betydning for proceduren med hensyn til udpegning af notarer.

125 Republikken Østrig, Republikken Ungarn, Republikken Polen, Republikken Slovenien og Den Slovakiske Republik har gjort gældende, at notarer er udelukket fra de nævnte direktivers anvendelsesområde, eftersom deres virksomhed er omfattet af undtagelsen i artikel 45 EF.

126 Republikken Slovenien har gjort gældende, at Domstolen bør afvise Kommissionens andet klagepunkt, for så vidt som det dels er uden genstand efter ophævelsen af direktiv 89/48, dels at sagsgenstanden er blevet udvidet ud over det under den administrative procedure fastlagte.

Domstolens bemærkninger

— Formaliteten

127 Det fremgår af de retlige anbringender, der er fremført af Kommissionen, at det foreliggende klagepunkt vedrører den angivelige manglende gennemførelse af direktiv 89/48 og/eller af direktiv 2005/36 for så vidt angår erhvervet som notar. Det skal

imidlertid bemærkes, at såvel åbningsskrivelserne som den begrundede udtalelse, som blev fremsendt af Kommissionen, vedrører det første af disse direktiver. Domstolen skal herefter af egen drift prøve spørgsmålet, om det andet klagepunkt kan antages til realitetsbehandling.

128 Ifølge retspraksis kan Domstolen af egen drift prøve, om de i artikel 226 EF fastsatte betingelser for at anlægge et traktatbrudssøgsmål er opfyldt (dom af 31.3.1992, sag C-362/90, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 2353, præmis 8, og af 9.9.2004, sag C-417/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 7973, præmis 16).

129 Det følger af fast retspraksis, at spørgsmålet, om der foreligger et traktatbrud under en i medfør af artikel 226 EF anlagt sag, skal behandles i lyset af den EU-lovgivning, der var gældende på tidspunktet for udløbet af den frist, som Kommissionen har givet den pågældende medlemsstat til at rette sig efter den begrundede udtalelse (jf. bl.a. dom af 9.11.1999, sag C-365/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7773, præmis 32, af 5.10.2006, sag C-275/04, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 9883, præmis 34, og af 19.3.2009, sag C-270/07, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1983, præmis 49).

130 I det foreliggende tilfælde udløb fristen den 18. december 2006. På denne dato var direktiv 89/48 fortsat i kraft, idet det først blev ophævet ved direktiv 2005/36 med virkning fra den 20. oktober 2007. For så vidt som det foreliggende klagepunkt er støttet på en angivelig manglende gennemførelse af direktiv 89/48, er klagepunktet således ikke uden genstand (jf. analogt dom af 11.6.2009, sag C-327/08, Kommissionen mod Frankrig, præmis 23).

131 Hvad angår realitetsbehandlingen af det foreliggende klagepunkt, for så vidt som det vedrører en angivelig manglende gennemførelse af direktiv 2005/36, skal det bemærkes, at det, selv om påstandene i stævningen i princippet ikke kan udvides i forhold til de overtrædelser, der er angivet i den begrundede udtalelses konklusion og i åbningsskrivelsen, som Domstolen allerede har fastslået, dog står fast, at Kommissionen har adgang til at få en traktatbrudspåstand prøvet for så vidt angår forpligtelser, der har deres oprindelse i en — senere ændret eller ophævet — EU-retsakts oprindelige

affattelse, når disse fortsat består i henhold til nye bestemmelser. Sagens genstand kan derimod ikke udvides til også at omfatte forpligtelser i henhold til nye bestemmelser, der ikke findes tilsvarende i vedkommende retsakts oprindelige affattelse, idet dette ville være en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter med hensyn til traktatbrudsprocedurens lovlighed (jf. i denne retning dommen af 9.11.1999 i sagen Kommissionen mod Italien samt dom af 12.6.2003, sag C-363/00, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 5767, præmis 22, og af 10.9.2009, sag C-416/07, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 7883, præmis 28).

132 Det følger heraf, at påstandene i Kommissionens stævning vedrørende Republikken Østrigs tilsidesættelse af sine forpligtelser i henhold til direktiv 2005/36 i princippet kan antages til realitetsbehandling, forudsat at forpligtelserne i dette direktiv svarer til de forpligtelser, som følger af direktiv 89/48 (jf. analogt dommen af 10.9.2009 i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 29).

133 Som det fremgår af niende betragtning til direktiv 2005/36, bibeholder dette direktiv de gældende principper og garantier vedrørende etableringsfriheden, der findes under de forskellige anerkendelsesordninger, herunder direktiv 89/48, samtidig med, at det har til formål at forbedre, omstrukturere og forenkle de gældende bestemmelser, idet de principper, der skal anvendes, gøres ensartede.

134 Endvidere fremgår det af 14. betragtning til direktivet, at den ordning for anerkendelse, der bl.a. er fastlagt med direktiv 89/48, ikke ændres.

135 I det foreliggende tilfælde vedrører Kommissionens klagepunkt over for Republikken Østrig med hensyn til erhvervet som notar den manglende gennemførelse af direktiv 2005/36 i sin helhed og ikke blot af en bestemt bestemmelse heri.

136 Under disse omstændigheder må det fastslås, at den angivelige forpligtelse til at gennemføre direktiv 2005/36 for så vidt angår erhvervet som notar er analog med den forpligtelse, der følger af direktiv 89/48, for så vidt som for det første de gældende principper og garantier, der findes under den anerkendelsesordning, der er indført ved sidstnævnte direktiv, bibeholdes i det førstnævnte direktiv, og for det andet den anerkendelsesordning, der er indført ved direktiv 89/48, er forblevet uændret efter vedtagelsen af direktiv 2005/36.

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

— Om realiteten

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

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

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

141 På tidspunktet for vedtagelsen af det nævnte direktiv havde Domstolen endnu ikke haft lejlighed til at udtale sig om spørgsmålet, om notarvirksomhed var omfattet af artikel 45, stk. 1, EF eller ej.

142 I de år, der er gået siden vedtagelsen af nævnte direktiv, har Parlamentet i beslutning 1994 og beslutning 2006, der er nævnt i denne doms præmis 59 og 116, dels bekræftet, at artikel 45, stk. 1, EF i det hele bør finde anvendelse på erhvervet som notar som sådan, dels at det var dets ønske, at nationalitetskravet for adgang til dette erhverv blev ophævet.

143 Det bemærkes videre, at EU-lovgiver i forbindelse med vedtagelsen af direktiv 2005/36, der trådte i stedet for direktiv 89/48, foretog den præcisering i 41. betragtning til førstnævnte direktiv, at direktivet ikke berører anvendelsen af artikel 45 EF »i forbindelse med erhvervet som notar«. EU-lovgiver tog ved dette forbehold ikke stilling til spørgsmålet om anvendelsen af artikel 45, stk. 1, EF og derfor direktiv 2005/36 på notarvirksomhed, således som det er fastslået i denne doms præmis 114.

144 Dette følger bl.a. af de forberedende arbejder til dette sidstnævnte direktiv. Parlamentet havde således i sin lovgivningsmæssige beslutning om forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (EUT 2004 C 97 E, s. 230), som Parlamentet vedtog ved førstebehandlingen den 11. februar 2004, foreslået, at det udtrykkeligt blev angivet i direktiv 2005/36's tekst, at det ikke skulle finde anvendelse på notarer. Dette forslag blev ikke taget til følge i ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (KOM(2004) 317 endelig) eller i fælles holdning (EF) nr. 10/2005 af 21. december 2004 vedtaget af Rådet i henhold til fremgangsmåden i artikel 251 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab med henblik på vedtagelse af Europa-Parlamentets og Rådets [direktiv] om anerkendelse af erhvervsmæssige

kvalifikationer (EUT 2005 C 58 E, s. 1) — ikke med den begrundelse, at direktivet burde finde anvendelse på erhvervet som notar, men bl.a. fordi »[artikel 45, stk. 1, EF hjemlede] ret til at fravige princippet om etableringsfrihed og fri udveksling af tjenesteydelser for virksomhed, der indebærer direkte og specifik deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed«.

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

146 Det andet klagepunkt må følgelig forkastes.

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

Sagens omkostninger

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

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

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

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

2) I øvrigt frifindes Republikken Østrig.

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

Underskrifter