DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 24 maj 2011 *

I mål C-53/08,

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

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

sökande,

med stöd av

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

intervenient,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

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

svarande,

med stöd av

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

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av M. Lumma och J. Kemper, båda i egenskap av ombud,

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

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

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

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

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

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

Republiken Slovakien, företrädd av J. Čorba, 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 Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45 EG samt enligt rådets direktiv 89/48/EEG av den 21 december 1988 om en generell ordning för erkännande av examensbevis över behörighetsgivande högre utbildning som omfattar minst tre års studier (EGT L 19, 1989, s. 16; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 192), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/19/EG av den 14 maj 2001 (EGT L 206, s. 1) (nedan kallat direktiv 89/48), och/eller enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT L 255, s. 22), genom att föreskriva ett nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket och genom att inte införliva dessa båda direktiv såvitt avser notarieyrket.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätten

2 I tolfte skälet i direktiv 89/48 anges att ”[d]en generella ordningen för erkännande av examensbevis över behörighetsgivande högre utbildning inverkar på intet sätt på tillämpningen av artikel [45 EG]”.

3 Artikel 2 i direktiv 89/48 har följande lydelse:

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

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

4 Notarieyrket har inte reglerats genom något sådant instrument som avses i nämnda artikel 2 andra stycket.

5 I direktiv 89/48 föreskrevs en införlivandefrist som i enlighet med artikel 12 löpte ut den 4 januari 1991.

6 Direktiv 89/48 upphävdes med verkan från och med den 20 oktober 2007 genom direktiv 2005/36, detta enligt artikel 62 i direktiv 2005/36.

7 Skäl 9 i direktiv 2005/36 har följande lydelse:

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

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

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

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

Den nationella lagstiftningen

Den allmänna organisationen av notarieyrket

10 Notarierna utför sina arbetsuppgifter i den österrikiska rättsordningen såsom fria yrkesutövare. Notarieyrkets organisation regleras i notarieförordningen (Notariatsordnung) av den 25 juli 1871 (RGBl. 75/1871), i dess lydelse enligt BGBl. I, 164/2005 (nedan kallad NO).

11 Enligt 1 § punkt 1 NO utses notarierna ”av staten och de har anförtrotts offentlig tilltro för att upprätta och utfärda … officiella handlingar rörande förklaringar, rättsliga handlingar och omständigheter som kan ge upphov till rättigheter [samt] för att bevara handlingar som parterna anförtrott dem”.

12 Enligt 8 § NO är notarierna behöriga att bedriva verksamhet i hela Österrike.

13 Antalet notarier, deras placering och deras hemvist bestäms genom dekret från justitieministern, vilket framgår av 9 § NO.

14 Arvodena till notarierna bestäms i enlighet med bestämmelserna i förbundslagen om prislistor för notarier (Bundesgesetz über den Notariatstarif (Notariatstarifgesetz)) av den 8 november 1973 (BGBl. 576/1973), i dess ändrade lydelse, och i förbundslagen

om prislistor för notarier vid domstol (Bundesgesetz über die Gebühren der Notare als Beauftragte des Gerichtes (Gerichtskommissionstarifgesetz) av den 3 mars 1971 (BGBl. 108/1971), i dess ändrade lydelse.

15 Med tillämpning av 6 § punkt 1 a NO är det bara österrikiska medborgare som får arbeta som notarier.

Arbetsuppgifter som utförs inom ramen för notarieämbetet

16 Notariernas göromål i den österrikiska rättsordningen kan indelas i tre kategorier.

17 Enligt 1 § punkt 1 NO är notarien behörig att bestyrka handlingar och avtal såsom varande officiella. 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.

18 Den notariebestyrkta handlingen har bevisvärde i enlighet med 292 § punkt 1 i civilprocesslagen (Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung)) av den 1 augusti 1895 (RGBl. 113/1895), i dess ändrade lydelse (nedan kallad ZPO), vilken är en bestämmelse som återfinns i kapitel III, med rubriken ”Bevisning”, i lagens första avdelning. I nämnda bestämmelse föreskrivs att officiella handlingar – det vill säga handlingar som upprättas enligt gällande formföreskrifter och av någon som anförtrotts offentlig tilltro inom den anförtrodda verksamheten – är att anse som full bevisning för den omständighet som bestyrkts. Enligt

punkt 2 i nämnda bestämmelse får man åberopa bevisning till styrkande av att nämnda omständighet har bestyrkts på ett felaktigt sätt och av att nämnda omständighet är felaktig.

19 Principen om domstolarnas fria bevisvärdering fastställs i 272 § ZPO.

20 Enligt 3 § NO får en notariebestyrkt handling läggas till grund för verkställighet om vissa villkor är uppfyllda, däribland att gäldenären ska ha samtyckt till att bli föremål för utmätning utan krav på föregående domstolsprövning.

21 Enligt 1 § utmätningslagen (Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung)) av den 27 maj 1896 (RGBl. 79/1896), i dess ändrade lydelse, är de notariebestyrkta handlingar som anges i 3 § NO exekutionstitlar.

22 Bestämmelserna i utmätningslagen, i dess ändrade lydelse, ger vid handen att notarien inte är inblandad i utmätningen.

23 Vidare är notarien – i enlighet med 5 § NO – behörig att upprätta privatundertecknade handlingar. Notarien är dessutom behörig att företräda parterna i vissa förfaranden som är föremål för en uttömmande uppräkning i nämnda 5 §.

24 I sin roll som ”Gerichtskommissär” utför notarien vidare – i vissa rättsvårdsärenden – de göromål som anges i 1 § punkt 1 i förbundslagen om notariernas roll som domstolsbiträden i rättsvårdsärenden (Bundesgesetz über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes im Verfahren auβer Streitsachen (Gerichtskommissärsgesetz))

av den 11 november 1970 (BGBl. 343/1970), i dess lydelse enligt BGBl. I, 112/2003 (nedan kallad GKG).

25 Notarierna utför därvid vissa göromål i fråga om arvsrättsliga spörsmål. Det kan därvid vara fråga om upprättande av dödförklaringar och dödsbouppteckningar, identifiering av dödsbodelägare och upptagande av dödsbodelägares förklaringar vid dödsboutredningen. Notarien ombesörjer dödsboutredningen och får därvid vidta erforderliga säkerhetsåtgärder.

26 Förbundslagen om rättsvårdsärenden (Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten auβer Streitsachen (Auβerstreitgesetz) (BGBl. I, 111/2003)), i dess ändrade lydelse (nedan kallad AuβStrG), innehåller detaljerade bestämmelser i detta avseende. Således framgår det av 144 § punkt 3 i nämnda lag att notarien omedelbart ska hänskjuta ärendet till domstol om domstol hemställer därom eller om ett domstolsavgörande erfordras.

27 Dessutom ger 160 och 161 §§ AuβStrG vid handen att notarien – om det ges motstridiga förklaringar under dödsboutredningen och om det inte går att nå någon överenskommelse – ska hänskjuta ärendet till domstol. Domstolen ska, efter att ha tagit del av parternas yrkanden och prövat bevisningen, fastställa dödsbodelägarnas rättigheter.

28 Enligt 166 § punkt 2 AuβStrG är det domstol som har att avgöra tvister om vad som ska ingå i dödsboet.

29 Enligt 177 och 178 §§ AußStrG är det domstol som fattar beslut om arvskifte.

30 Notarien har även anförtrotts andra göromål än arvsrättsliga sådana i enlighet med GKG. Notarien ombesörjer bland annat värdering och försäljning av lös och fast egendom, bouppteckningar samt bodelning i godo.

31 Notarien saknar emellertid behörighet enligt 1 § punkt 2 GKG att meddela domstolsavgöranden. Notarien är inte heller behörig att stadfästa förlikningar eller att vidta tvångsåtgärder i den mening som avses i 79 § AußStrG.

32 Enligt 7 § GKG ska notarien utföra de i punkterna 24–30 ovan angivna göromålen inom den tid som fastställs av domstol. Om notarien inte iakttar denna tidsfrist, fattar rätten beslut om entledigande av notarien samt utser en annan notarie som ska fullgöra den entledigade notariens åligganden.

33 Såsom framgår av 7a § GKG utför notarien ovannämnda göromål under rättens tillsyn. Rätten kan därvid bland annat föranstalta om erforderliga utredningar, hemställa om rapporter från notarien angående dennes verksamhet samt ge denne vissa uppdrag. Enligt punkt 2 i nämnda bestämmelse är det domstol som har att fatta beslut då invändningar framställs mot notariens åtgärder eller mot notariens agerande.

Det administrativa förfarandet

34 Kommissionen mottog ett klagomål avseende det nationalitetskrav som gäller för tillträde till notarieyrket i Österrike. Kommissionen gjorde en bedömning av klagomålet och sände den 8 november 2000 en formell underrättelse till Republiken Österrike. Republiken Österrike 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.

35 Republiken Österrike besvarade den formella underrättelsen genom skrivelse av den 23 januari 2001.

36 Den 16 juli 2002 sände kommissionen en kompletterande formell underrättelse till Österrike. 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.

37 Republiken Österrike besvarade den kompletterande formella underrättelsen genom skrivelse av den 12 september 2002.

38 Eftersom kommissionen inte låtit sig övertygas av de argument som framförts av Republiken Österrike, riktade kommissionen den 18 oktober 2006 ett motiverat yttrande till medlemsstaten. I detta yttrande gjorde kommissionen gällande att Österrike underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG och artikel 45 första stycket EG samt enligt direktiv 89/48. Österrike uppmanades att inom två månader från mottagandet av det motiverade yttrandet vidta erforderliga åtgärder för att följa detsamma.

39 Den 19 december 2006 inkom Republiken Österrike med en skrivelse där medlemsstaten redogjorde för varför den ansåg att kommissionens slutsatser var felaktiga.

40 Mot denna bakgrund beslutade kommissionen att väcka förevarande talan.

Prövning av talan

Den första anmärkningen

Parternas argument

41 Kommissionen har i denna del yrkat att domstolen ska fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45 första stycket EG genom att endast låta österrikiska medborgare få tillträde till notarieyrket.

42 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.

43 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.

44 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 (domen av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners, REG 1974, s. 631, punkt 43; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309).

45 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).

46 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.

47 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.

48 Kommissionen har vidare redogjort för de olika göromål som utförs av en notarie i den österrikiska rättsordningen.

49 Vad gäller upprättandet av officiella handlingar och avtal, har kommissionen gjort gällande att notarien endast närvarar som vittne med avseende på partsviljan – efter att ha biträtt parterna med rådgivning – och vidtar åtgärder så att partsviljan får rättsverkningar. Notarien har därvid inte någon beslutsbehörighet över parterna.

50 Att notarierna anförtrotts uppgiften att upprätta officiella handlingar innebär visserligen att notarierna måste vara mycket kompetenta och ha yrkesintegritet, men det innebär inte att notarierna kan anses bedriva verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt. I den österrikiska rättsordningen anses denna verksamhet ingå i det preventiva rättssystemet, och notarierna har anförtrotts dessa göromål för att avlasta domstolarnas arbetsbörda. Detta innebär dock inte att denna verksamhet kan likställas med sådana uppgifter som utförs för Kungl. Maj:t.

51 Det finns vidare exempel på andra uppgifter – som tidigare ansågs utföras för Kungl. Maj:t – som privatiserats och lagts ut på entreprenad.

52 Vad gäller de speciella omständigheter som kännetecknar bevisreglerna för notariebestyrkta handlingar, finns det andra handlingar som har liknande bevisvärde trots att de inte utfärdats i samband med verksamhet som är förenad med utövande av offentlig makt, såsom protokoll som utfärdats av edsvurna fältvaktare, skogsvaktare, jaktvårdare och fiskeriuppsyningsmän.

53 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 eftersom de inte är någon exekutiv myndighet. Eventuella tvister kommer för övrigt att slitas av domstol, inte av notarien.

54 När det sedan gäller notariernas verksamhet som så kallade ”Gerichtskommissär”, har kommissionen gjort gällande följande. Notarierna kan därvid inte anses bedriva någon verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt, eftersom notarierna saknar både beslutsbehörighet och tvångsmakt, det vill säga behörigheten att tvinga ett beslut på någon som motsätter sig det. Notariernas verksamhet i denna del är att anse som förberedande och underordnad i förhållande till domstolarnas verksamhet. När ”Gerichtskommissär” vidtar säkerhetsåtgärder för att säkerställa arvskiftet, så har han eller hon inte något egentligt utrymme för skönsmässig bedömning.

55 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.

56 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. Såvitt avser artikel 2.2 l i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (EUT L 376, s. 36), så är nämnda direktiv enligt den bestämmelsen inte tillämpligt på tjänster som tillhandahålls av officiellt utnämnda notarier.

Kommissionen har i det avseendet betonat att bara för att lagstiftaren har valt att undanta en viss verksamhet från direktivets tillämpningsområde, så innebär inte det att artikel 45 första stycket EG är tillämplig på denna verksamhet.

57 När det gäller rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, 2001, s. 1) och Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 805/2004 av den 21 april 2004 om införande av en europeisk exekutionstitel för obestridda fordringar (EUT L 143, s. 15), anser kommissionen att dessa förordningar endast innebär en skyldighet för medlemsstaterna att erkänna och verkställa mottagna rättshandlingar som får läggas till grund för verkställighet i en annan medlemsstat.

58 Kommissionen anser vidare att varken rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag (EGT L 294, s. 1), rådets förordning (EG) nr 1435/2003 av den 22 juli 2003 om stadga för europeiska kooperativa föreningar (SCE-föreningar) (EUT L 207, 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.

59 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 är fråga om en rent politisk handling med tvetydigt innehåll. I punkt 17 i resolutionen bekräftade Europaparlamentet nämligen att artikel 45 EG ska tillämpas på notarier, medan Europaparlamentet i punkt 2

vidhöll sin inställning i resolutionen av den 18 januari 1994 om notarieyrket i gemenskapens tolv medlemsstater (EGT C 44, s. 36) (nedan kallad 1994 års resolution), där det gav uttryck för sin önskan att det nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket som uppställs i flera medlemsstaters lagstiftning skulle avskaffas.

60 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 kaptener och förste styrmän på handelsfartyg, nämligen uppgifter som rör upprätthållande av säkerheten, uppgifter som normalt åligger polisväsendet samt notarie- och civilståndsrelaterade uppgifter. Domstolen hade således inte tillfälle att i detalj pröva de olika göromål som utförs av notarier utifrån artikel 45 första stycket EG. Denna dom utgör således inte tillräcklig grund för att slå fast att nämnda bestämmelse är tillämplig på notarier.

61 Kommissionen anser vidare – till skillnad från vad som gjorts gällande av Republiken Österrike – att domstolen i sin praxis gjort skillnad mellan notarier och offentliga myndigheter, genom att slå fast att en officiell handling kan bestyrkas av en offentlig myndighet eller annan bemyndigad myndighet (dom av den 17 juni 1999 i mål C-260/97, Unibank, REG 1999, s. I-3715, punkterna 15 och 21).

62 Republiken Österrike har med stöd av Republiken Tjeckien, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Frankrike, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Polen, Republiken Slovenien och Republiken Slovakien gjort gällande att notarier bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt och omfattas därmed av undantaget i artikel 45 första stycket EG.

63 Republiken Österrike har gjort gällande att artikel 45 EG ger medlemsstaterna rätt att på egen hand bestämma vilka regler som ska gälla för dem som vill arbeta med

verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt, oavsett om så sker permanent eller temporärt. Kommissionens tolkning av artikel 45 EG grundas på rättspraxis från domstolen som saknar relevans i detta mål. I domen i det ovannämnda målet Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española slog domstolen däremot fast att de notarierelaterade uppgifter som anförtrotts kaptener på spanska fartyg är att anse som verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.

64 Republiken Österrike, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Polen, Republiken Slovenien och Republiken Slovakien anser dessutom att det inte bara är verksamhet som innebär utövande av tvångsmakt eller domstolars verksamhet som kan anses utgöra sådan verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt. Även annan verksamhet kan ingå i begreppet ”utövande av offentlig makt” om verksamheten bedrivs med speciella befogenheter.

65 Republiken Österrike anser vidare att notariernas särskilda ställning inom den österrikiska rättsordningen visar att de utgör en del av den offentliga makten. Detta framgår bland annat av notariernas utnämningsförfarande, regelverket för oberoende ställning och oavsättlighet samt reglerna om att notarierna inte får bedriva annan verksamhet. Notarieyrket ska bedömas som en helhet, och notariernas olika göromål går inte att särskilja från själva yrket.

66 Republiken Österrike har vidare gjort gällande att syftet med att anförtro notarierna uppgiften att upprätta officiella handlingar är att slutligt avgöra eller förhindra civilrättsliga tvister och att dessa handlingar ges formen av exekutionstitlar. Den enda möjligheten att bestrida notariebestyrkta handlingar är att gå till domstol, och endast ett mycket litet antal rättsliga grunder får därvid åberopas.

67 Notariebestyrkta handlingar har dessutom ett mycket högt bevisvärde och de är bindande för domstolarnas bedömning. De får även läggas till grund för verkställighet. Såväl utmätningsförfarandet som det förfarande som leder fram till en exekutionstitel utgör centrala delar av statsmakten. När notarierna upprättar officiella handlingar, bedriver de således verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.

68 Republiken Österrike har sedan gjort gällande följande beträffande notariernas roll som ”Gerichtskommissär”. Notarierna utför därvid verksamhet som i princip kan jämställas med den verksamhet som bedrivs vid domstolarna i arvsrättsliga spörsmål. Det kan finnas anledning för notarierna att vidta vissa säkerhetsåtgärder för att säkerställa arvskiften, och detta oberoende av – och till och med i strid med – vad parterna vill. Det kan i denna del vara fråga om att hindra tillträde till bostäder eller lokaler, försegla sådana byggnader, frysa bankkonton eller häva sådan frysning, förvara och frigöra egendom samt vidta processledningsåtgärder.

69 Republiken Österrike har även uppgett att notarien i sin roll som ”Gerichtskommissär” ådrar staten ansvar för sin tjänsteutövning. Notarien anses även vara offentlig tjänsteman när det gäller straffrättsliga spörsmål.

70 Enligt de unionsrättsakter som nämns i punkterna 56–58 ovan är notariebestyrkta handlingar dessutom av samma rang som domstolsavgöranden. Parlamentet har, i 1994 och 2006 års resolutioner, bekräftat att notarier bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.

71 Det framgår dessutom av domen i det ovannämnda målet Unibank att när en offentlig tjänsteman – såsom en notarie – upprättar officiella handlingar, så innebär det att vederbörande utövar verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.

Domstolens bedömning

– Inledande synpunkter

72 Kommissionen har i sin första anmärkning gjort gällande att Republiken Österrike hindrar medborgare i andra medlemsstater från att etablera sig i landet för att arbeta som notarier, genom att endast ge österrikiska medborgare tillträde till detta yrke, vilket strider mot artikel 43 EG.

73 Anmärkningen gäller således bara det nationalitetskrav som uppställs i tillämplig österrikisk lagstiftning och som måste vara uppfyllt för att personer ska få tillträde till notarieyrket i förhållande till artikel 43 EG.

74 Det kan därmed preciseras att anmärkningen inte gäller notarieämbetets ställning eller organisationen av detta ämbete i den österrikiska rättsordningen. Målet gäller inte heller de andra krav, utöver nationalitetskravet, som måste vara uppfyllda för att få arbeta som notarie i medlemsstaten.

75 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

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

77 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).

78 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).

79 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).

80 I detta mål är det emellertid fråga om nationell lagstiftning som innebär att endast österrikiska medborgare får arbeta som notarier. Detta medför att personer behandlas olika beroende på vilken nationalitet de har, vilket i princip är förbjudet enligt artikel 43 EG.

81 Republiken Österrike har dock gjort gällande att notariernas verksamhet inte omfattas av artikel 43 EG, eftersom notarier bedriver verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG. Domstolen kommer därför att först pröva innebörden av begreppet utövande av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45 första stycket EG, för att därefter pröva om de göromål som notarierna anförtrotts i den österrikiska rättsordningen omfattas av detta begrepp.

82 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).

83 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).

84 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 domen i det ovannämnda målet Reyners, punkt 45, dom av den 13 juli 1993 i mål C-42/92, Thijssen, REG 1993, s. I-4047, punkt 8, samt domarna i de ovannämnda målen kommissionen mot Spanien, punkt 35, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punkt 46, kommissionen mot Tyskland, punkt 38, och kommissionen mot Portugal, punkt 36).

85 Domstolen har ansett att undantaget i artikel 45 första stycket EG inte omfattar vissa arbetsuppgifter som enbart är av underordnad eller förberedande karaktär i förhållande till utövandet av offentlig makt (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Thijssen, punkt 22, kommissionen mot Spanien, punkt 38, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punkt 47, kommissionen mot Tyskland, punkt 38, och kommissionen mot Portugal, punkt 36). Inte heller omfattar undantaget vissa göromål som visserligen medför kontakter med myndigheter eller domstolar, inte ens om de sker regelbundet och hör organiskt till förfarandet, och går ut på en medverkan – till och med obligatorisk sådan – vid myndigheternas och domstolarnas fullgörande av sina uppgifter, men som inte berör myndigheternas och domstolarnas bedömning och beslutsfattande (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Reyners, punkterna 51 och 53), eller viss verksamhet som inte innebär utövande av beslutsmakt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Thijssen, punkterna 21 och 22, domarna av den 29 november 2007 i de ovannämnda målen kommissionen mot Österrike, punkterna 36 och 42, och kommissionen mot Tyskland, punkterna 38 och 44, samt domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkterna 36 och 41), av tvångsmakt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Spanien, punkt 37) eller av våldsåtgärder (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 september 2003 i mål C-47/02, Anker m.fl., REG 2003, s. I-10447, punkt 61, och domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Portugal, punkt 44).

86 Med beaktande av dessa överväganden kommer domstolen att pröva om de göromål som anförtrotts notarier i den österrikiska rättsordningen är direkt och specifikt förenade med utövande av offentlig makt.

87 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).

88 Vad gäller upprättandet av officiella handlingar med beaktande av erforderliga formkrav, ska notarien 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.

89 Enligt den österrikiska 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.

90 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.

91 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.

92 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.

93 Den omständigheten att notarierna, innan de bestyrker en handlings 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.

94 Såsom Republiken Österrike 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.

95 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.

96 Den omständigheten att notarierna i sin verksamhet eftersträvar mål av allmänintresse (bland annat att handlingar som ingås mellan enskilda personer ska vara lagliga och rättssäkra) utgör emellertid ett tvingande skäl av allmänintresse som kan motivera eventuella inskränkningar i artikel 43 EG som följer av den specifika karaktär som kännetecknar notariernas verksamhet. Det kan därvid vara fråga om inskränkningar, i form av bestämmelser med inskränkande verkan vid rekrytering av notarier, samt begränsningar av hur många notarier som får finnas och av deras territoriella behörighetsområden. Det kan även vara fråga om regelverk för ersättning, oberoende ställning och oavsättbarhet samt regler om att notarierna inte får bedriva annan verksamhet. Detta gäller dock under förutsättning att dessa inskränkningar gör det möjligt att uppnå nämnda mål av allmänintresse och att de är nödvändiga för att uppnå dessa mål.

97 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.

98 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.

99 Bevisvärdet hos notariebestyrkta handlingar regleras i bevisreglerna i den ifrågavarande rättsordningen. 292 § ZPO handlar om bevisvärdet hos officiella handlingar. Bestämmelsen återfinns i kapitel III, som har rubriken ”Bevisning” och som ingår i första avdelningen i nämnda lag. Det bevisvärde som en viss handling ges genom lag har således inte någon direkt relevans för frågan huruvida upprättandet av denna handling i sig kan anses utgöra en verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt, såsom krävs enligt rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Thijssen, punkt 8, och kommissionen mot Spanien, punkt 35).

100 Såsom följer av 292 § punkt 2 ZPO får man åberopa bevisning till styrkande av att nämnda omständighet har bestyrkts på ett felaktigt sätt och av att nämnda omständighet är felaktig.

101 Det kan dessutom inte med framgång göras gällande att den notariebestyrkta handlingen – på grund av dess bevisvärde – är ovillkorligt bindande för den domstol som har att avgöra ett mål. Det är nämligen vedertaget att en domstol meddelar sitt beslut utifrån sin egen övertygelse och med beaktande av samtliga omständigheter och all bevisning som åberopats i målet. Principen om domstolarnas fria bevisvärdering fastställs för övrigt i 272 § ZPO.

102 Vad därefter beträffar den omständigheten att den officiella handlingen får läggas till grund för verkställighet, delar domstolen Republiken Österrikes bedömning att detta gör det möjligt att låta verkställa de förpliktelser som stipuleras i handlingen utan att först behöva gå till domstol.

103 Att en officiell handling kan läggas till grund för verkställighet innebär emellertid inte att notarien bedriver verksamhet som ska anses vara direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt. Som framgår av 3 § NO får en notariebestyrkt handling läggas till grund för verkställighet bland annat om gäldenären har samtyckt till att utmätning får ske utan att något förfarande först måste inledas. Härav följer att den notariebestyrkta handlingen inte får läggas till grund för verkställighet om gäldenären inte har lämnat sitt samtycke därtill. Således är det riktigt att notariens förklaring på den officiella handlingen att fordran får verkställas innebär just att nämnda handling får läggas till grund för verkställighet. Grunden härför är emellertid parternas avsikt att ingå en handling eller ett avtal, och att dessa – efter notariens kontroll av att de upprättats i enlighet med lag – ska kunna läggas till grund för verkställighet.

104 Vad sedan gäller notariens behörighet att upprätta privatundertecknade handlingar och företräda parterna i vissa precist angivna förfaranden, erinrar domstolen om följande. När notarien lämnar juridisk rådgivning och juridiskt biträde kan han eller hon inte anses bedriva verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt, inte ens när sådan rådgivning eller biträde är obligatoriskt eller när notarien enligt lag är exklusivt behörig i det avseende (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Reyners, punkt 52).

105 När det gäller de göromål som notarierna anförtrotts enligt GKG, påpekar domstolen att notarien huvudsakligen har anförtrotts vissa göromål i arvsrättsliga spörsmål. Det är därvid exempelvis fråga om upprättande av dödförklaringar och dödsbouppteckningar, identifiering av dödsbodelägare, säkerställande av arvskifte och vidtagande av säkerhetsåtgärder.

106 Notarierna utför sina göromål under rättens tillsyn, och rätten kan när som helst hemställa om rapporter från notarien om ärendets handläggning samt till och med föranstalta om utredningar, vilket framgår av 7a § punkt 1 GKG. Enligt 7 § GKG kan rätten – om notarien inte iakttar föreskriven tidsfrist – fatta beslut om entledigande av notarien. Dessutom framgår det av 144 § punkt 3 AuβStrG att notarien omedelbart ska hänskjuta ärendet till domstol om domstol hemställer därom.

107 Såsom framgår av bland annat 7a § punkt 2 GKG samt 160 §, 161 § och 166 § punkt 2 AuβStrG, ska notarien hänskjuta ärendet till domstol om bestridande framställs beträffande de olika aspekterna av arvslagstiftningen. Det är även domstol som ombesörjer arvskiftet till dödsbodelägarna enligt 177 och 178 §§ AuβStrG, vilket utgör slutpunkten på förfarandet.

108 Notarierna utför således sina göromål i fråga om arvsrättsliga spörsmål 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 föranleds inte att göra någon annan bedömning på grund av att en notarie, inom ramen för sin behörighet i arvsrättsliga spörsmål, får vidta vissa säkerhets- eller processledningsåtgärder. Denna behörighet är nämligen att anse som underordnad i förhållande till notariernas huvuduppgift, nämligen att ombesörja arvskiftet. Det är just för detta syfte som notarierna tilldelats behörigheten att vidta sådana åtgärder. Såsom framgår av föregående punkt, kan dessa göromål emellertid inte anses utgöra någon verksamhet som är direkt och specifikt förenad med utövandet av offentlig makt.

110 Denna bedömning gäller även de andra göromål som notarierna har anförtrotts enligt GKG, såsom värdering samt försäljning av lös och fast egendom, upprättande av bouppteckningar och bodelning i godo. Som framgår av 7 § och 7a § GKG utför notarierna dessa göromål under rättens tillsyn.

111 Vad därefter beträffar notariernas särskilda ställning i den österrikiska rättsordningen, erinrar domstolen om att det i punkterna 84 och 87 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.

112 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, 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.

113 För det andra kan Republiken Österrike inte vinna framgång med argumentet att notarien – då denne vidtar åtgärder i egenskap av ”Gerichtskommissär” – ådrar staten ansvar. Bortsett från detta särfall är notarien nämligen ensam ansvarig för sin tjänsteutövning.

114 Republiken Österrike kan inte heller vinna framgång med sina argument som rör vissa unionsrättsakter. När det gäller de rättsakter som nämns i punkt 56 ovan, preciserar domstolen att enbart den omständigheten att lagstiftaren har undantagit notarier från en viss rättsakts tillämpningsområde innebär inte i sig 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 notarieyrket.

115 Vad beträffar de i punkt 57 ovan angivna förordningarna, påpekar domstolen att dessa avser erkännande och verkställighet av officiella handlingar som bevittnats och som får läggas till grund för verkställighet i en medlemsstat. Dessa förordningar påverkar följaktligen inte tolkningen av artikel 45 första stycket EG. Denna bedömning påverkas inte heller av de unionsrättsakter som nämns i punkt 58 ovan, eftersom dessa, i likhet med vad som gjorts gällande av kommissionen, ger notarier – liksom andra behöriga myndighetspersoner som utsetts av medlemsstaterna – endast uppdraget att bestyrka fullgörandet av vissa handlingar och formkrav innan bolag ändrar ort för bolagets säte, innan bolag bildas och innan bolag fusioneras med varandra.

116 Vad sedan gäller 1994 och 2006 års resolutioner (se punkt 59 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.

117 Domstolen gör vidare följande bedömning av Republiken Österrikes 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 notarierelaterade 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.

118 Republiken Österrike 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).

119 Mot denna bakgrund finner domstolen att de notariegöromål som definieras i den nu gällande österrikiska 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.

120 Det nationalitetskrav som uppställs i österrikisk rätt för tillträde till notarieyrket utgör således sådan diskriminering på grund av nationalitet som är förbjuden enligt artikel 43 EG.

121 Kommissionens talan i denna del ska därför bifallas.

Den andra anmärkningen

Parternas argument

122 Kommissionen har gjort gällande att Republiken Österrike inte, såvitt avser notarieyrket, införlivat direktiv 89/48 fram till och med den 20 oktober 2007 och ej heller direktiv 2005/36 från och med nämnda datum.

123 Kommissionen anser, i likhet med Förenade kungariket, att notarieyrket är ett reglerat yrke i den mening som avses i artikel 1 c i direktiv 89/48, varför nämnda direktiv är tillämpligt på notarier. Skäl 41 i direktiv 2005/36 innebär inte att nämnda direktiv inte är tillämpligt på notarier, om inte notarieyrket omfattas av artikel 45 första stycket EG, vilket dock har bestritts av kommissionen i detta mål. Om unionslagstiftaren hade velat undanta notarier från direktivets tillämpningsområde, hade lagstiftaren gjort så uttryckligen.

124 Kommissionen har vidare erinrat om att medlemsstaterna enligt direktiven 89/48 och 2005/36 får föreskriva antingen ett lämplighetsprov eller en anpassningstid som ska säkerställa de höga kvalifikationskrav som ställs på notarierna. Tillämpningen av direktiv innebär inte något hinder mot att notarier rekryteras genom uttagningsprov, utan medför endast att även medborgare i andra medlemsstater får möjlighet att delta i dessa prov. Direktivet påverkar inte heller förfarandet då notarier utses.

125 Republiken Österrike, Republiken Ungern, Republiken Polen, Republiken Slovenien och Republiken Slovakien har gjort gällande att dessa båda direktiv inte är tillämpliga på notarier. Notarierna bedriver nämligen verksamhet som omfattas av undantaget i artikel 45 EG.

126 Republiken Slovenien har gjort gällande att domstolen ex officio borde ogilla talan såvitt avser den andra anmärkningen, av den anledningen att denna anmärkning har förlorat sitt föremål sedan direktiv 89/48 upphävts. Dessutom har tvisteföremålet utvidgats i förhållande till vad kommissionen gjorde gällande under det administrativa förfarandet.

Domstolens bedömning

– Upptagande till sakprövning

127 Det framgår av kommissionens rättsliga argumentation att kommissionen har gjort gällande att Republiken Österrike har underlåtit att införliva direktiv 89/48 och/eller direktiv 2005/36 såvitt avser notarieyrket. Domstolen noterar emellertid att såväl den

formella underrättelsen som det motiverade yttrandet avser direktiv 89/48. Domstolen kommer därför att ex officio pröva om talan kan tas upp till sakprövning.

128 Enligt sin praxis kan domstolen nämligen pröva ex officio huruvida de villkor som anges i artikel 226 EG för att väcka talan om fördragsbrott är uppfyllda (dom av den 31 mars 1992 i mål C-362/90, kommissionen mot Italien, REG 1992, s. I-2353, punkt 8, och av den 9 september 2004 i mål C-417/02, kommissionen mot Grekland, REG 2004, s. I-7973, punkt 16).

129 Förekomsten av ett fördragsbrott ska, inom ramen för en talan som väcks med stöd av artikel 226 EG, enligt fast rättspraxis bedömas utifrån den unionslagstiftning som var i kraft då den tidsfrist löpte ut som kommissionen hade satt, för att medlemsstaten i fråga skulle rätta sig efter dess motiverade yttrande (se, bland annat, dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien, REG 1999, s. I-7773, punkt 32, av den 5 oktober 2006 i mål C-275/04, kommissionen mot Belgien, REG 2006, s. I-9883, punkt 34, och av den 19 mars 2009 i mål C-270/07, kommissionen mot Tyskland, REG 2009, s. I-1983, punkt 49).

130 Republiken Österrikes 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).

131 Vad gäller frågan huruvida förevarande anmärkning kan tas upp till sakprövning i den del den gäller underlåtenhet att införliva direktiv 2005/36, gör domstolen följande bedömning. Domstolen har redan slagit fast att även om de yrkanden som ansökan innehåller i princip inte får avse andra fördragsbrott än dem som gjorts gällande i det motiverade yttrandets slutsats och i den formella underrättelsen, har kommissionen inte desto mindre möjlighet att göra gällande att sådana skyldigheter som härrör från den ursprungliga versionen av en unionsrättsakt som senare ändrats eller upphävts, och som kvarstår genom bestämmelserna i en ny unionsrättsakt, har

åsidosatts. Däremot kan inte tvisteföremålet utvidgas till att avse skyldigheter som följer av nya bestämmelser vilka saknar motsvarighet i den ursprungliga versionen av rättsakten i fråga, eftersom detta skulle innebära att de väsentliga formföreskrifterna för ett korrekt genomförande av förfarandet vid fastställelse av fördragsbrottet åsidosattes (se, i detta avseende, domen av den 9 november 1999 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 36, dom av den 12 juni 2003 i mål C-363/00, kommissionen mot Italien, REG 2003, s. I-5767, punkt 22, och av den 10 september 2009 i mål C-416/07, kommissionen mot Grekland, REG 2009, s. I-7883, punkt 28).

132 Följaktligen kan de yrkanden i kommissionens ansökan som syftar till att domstolen ska fastställa att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2005/36 i princip tas upp till sakprövning, under förutsättning att skyldigheterna i direktivet motsvarar de skyldigheter som följer av direktiv 89/48 (se, analogt, domen av den 10 september 2009 i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland, punkt 29).

133 Det följer av skäl 9 i direktiv 2005/36 att syftet med direktivet är att förbättra, omarbeta och förenkla befintliga bestämmelser genom att de tillämpliga principerna görs mer enhetliga, samtidigt som man för etableringsfriheten bibehåller gällande principer och garantier som ligger till grund för de olika systemen för erkännande, såsom de principer och garantier som infördes genom direktiv 89/48.

134 Vidare anges i skäl 14 i direktiv 2005/36 att den ordning för erkännande som upprättas genom bland annat direktiv 89/48 inte ändras.

135 I detta mål har kommissionen gjort gällande att Republiken Österrike, såvitt gäller notarieyrket, har underlåtit att införliva inte en viss bestämmelse i direktiv 2005/36, utan direktivet sett i dess helhet.

136 Mot denna bakgrund finner domstolen att den påstådda skyldigheten att införliva direktiv 2005/36 såvitt gäller notarieyrket motsvarar den skyldighet som följer av direktiv 89/48. Direktiv 2005/36 bibehåller nämligen gällande principer och garantier som ligger till grund för systemen för erkännande i direktiv 89/48. Dessutom är det så att denna ordning för erkännande som upprättats genom direktiv 89/48 inte ändras genom direktiv 2005/36.

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

– Prövning i sak

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

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

140 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.

141 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.

142 Under åren efter direktivets antagande uppgav parlamentet, i 1994 och 2006 års resolutioner (se punkterna 59 och 116 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.

143 I samband med att direktiv 2005/36 antogs (vilket ersatte direktiv 89/48) preciserade unionslagstiftaren i skäl 41 i direktiv 2005/36 att sistnämnda direktiv inte påverkar tillämpningen av artikel 45 EG, ”som bland annat rör notarius publicus”. Härav följer att unionslagstiftaren – såsom även följer av punkt 114 ovan – inte har tagit ställning till huruvida artikel 45 första stycket EG, och därmed direktiv 2005/36, kan tillämpas på notarieyrket.

144 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”.

145 Domstolen konstaterar därvid att särskilda omständigheter rådde under lagstiftningsprocessen och att situationen av denna anledning präglades av osäkerhet, vilket även framgår av den lagstiftningsrelaterade kontexten som domstolen erinrat om ovan. Domstolen finner därför att det inte är möjligt att slå fast att det vid utgången av tidsfristen i det motiverade yttrandet fanns en tillräckligt klar skyldighet för medlemsstaterna att införliva direktiven 89/48 och 2005/36 såvitt avser notarieyrket.

146 Kommissionens talan kan därför inte bifallas såvitt avser den andra anmärkningen.

147 Domstolen fastställer därmed att Republiken Österrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 43 EG genom att föreskriva ett nationalitetskrav för tillträde till notarieyrket. Talan ogillas i övrigt.

Rättegångskostnader

148 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.

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

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (stora avdelningen) följande:

1) Republiken Österrike 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, Republiken Österrike, Republiken Tjeckien, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Frankrike, Republiken Lettland, Republiken Litauen, Republiken Ungern, Republiken Polen, Republiken Slovenien, Republiken Slovakien och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland ska bära sina rättegångskostnader.

Underskrifter