FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN

fremsat den 14. september 2010[1]

Indhold

I — Indledning ..... I - 4110

II — Retsforskrifter ..... I - 4111

A — Fællesskabsbestemmelser ..... I - 4111

1. Primærretten ..... I - 4111

2. Den afledte ret ..... I - 4112

B — National ret ..... I - 4113

1. Notarerhvervet ..... I - 4113

a) Belgisk ret ..... I - 4113

b) Fransk ret ..... I - 4115

c) Luxembourgsk ret ..... I - 4116

d) Østrigsk ret ..... I - 4117

e) Tysk ret ..... I - 4119

f) Græsk ret ..... I - 4120

g) Sammenfatning ..... I - 4121

1 — Originalsprog: spansk.

2. Den nationale bestemmelse, som specifikt er genstand for søgsmålene: nationalitetsklausulen ..... I - 4122

a) Belgisk ret ..... I - 4122

b) Fransk ret ..... I - 4122

c) Luxembourgsk ret ..... I - 4122

d) Østrigsk ret ..... I - 4122

e) Tysk ret ..... I - 4123

f) Græsk ret ..... I - 4123

III — Parternes påstande ..... I - 4123

IV — Formaliteten ..... I - 4124

V — Realiteten ..... I - 4125

A — Den første søgsmålsgrund ..... I - 4125

1. Tre indledende generelle bemærkninger ..... I - 4126

a) Den retsregel, hvis tilsidesættelse Kommissionen foreholder staterne: artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF ..... I - 4126

b) Fortolkningsvanskeligheden vedrørende artikel 45, stk. 1, EF's betydning ..... I - 4127

c) Inkorporering af proportionalitetsprincippet ..... I - 4128

2. Virksomhed med deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed ..... I - 4130

a) Domstolens praksis ..... I - 4130

b) Den nødvendige uddybning af begrebet offentlig myndighed ..... I - 4132

3. Spørgsmålet, om notarvirksomhed og nærmere bestemt autentificeringsvirksomhed indgår i etableringsfrihedens negative anvendelsesområde ... I - 4136

a) Autentificering som notarernes centrale virksomhed i de sagsøgte stater ..... I - 4136

b) Henførelse af autentificeringsvirksomhed til udøvelse af offentlig myndighed ..... I - 4138

4. Nationalitetsklausulen i forhold til proportionalitetsprincippet ..... I - 4141

a) Notarens status ..... I - 4141

b) Forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i lyset af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF ..... I - 4142

c) Proportionalitetsprincippets virkninger ..... I - 4147

5. Konklusion på den første søgsmålsgrund ..... I - 4149

B — Den anden søgsmålsgrund ..... I - 4150

VI — Sagsomkostningerne ..... I - 4151

VII — Forslag til afgørelse ..... I - 4152

I — Indledning

1. Med disse traktatbrudssøgsmål har Europa-Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at Kongeriget Belgien, Den Franske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Østrig, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Hellenske Republik har tilsidesat deres forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet de har begrænset adgangen til notarerhvervet til det pågældende lands statsborgere (herefter »nationalitetsklausul«). Kommissionen har ligeledes nedlagt påstand om, at det fastslås, at de nævnte medlemsstater — med undtagelse af Den Franske Republik — har tilsidesat deres forpligtelser i henhold til direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalificationer [2], idet de ikke har gennemført direktivet for notarerhvervet [3].

2. Selv om Kommissionens tilgang begrænser sig til at kritisere forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, er det spørgsmål, der ligger til grund for denne sag, betydeligt mere kompleks. Disse sager tager faktisk sigte på, at Domstolen fastslår, at den latinske notarfunktion, med den profil, der kendetegner den i

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 7.9.2005 (EUT L 255, s. 22), som ophævede Rådets direktiv 89/48/EØF af 21.12.1988 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).

3 — Dette er ikke det eneste traktatbrudssøgsmål, Kommissionen har anlagt på dette grundlag, idet Domstolen i disse sager også skal udtale sig om søgsmålet mod Portugal (sag C-52/08) og søgsmålet mod Nederlandene (sag C-157/09).

et betydeligt antal medlemsstater[4], omfattes af området for etableringsfrihed, da den ikke er forbundet med »udøvelse af offentlig myndighed«.

3. Når problemet ses i et generelt perspektiv, bevirker denne sag, at Domstolen står over for det muligvis hidtil vanskeligste fortolkningsspørgsmål vedrørende kombinationen af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF. Som det vil fremgå af det følgende, vedrørte de sager, der hidtil er afgjort af Domstolen om kombinationen af de to forskrifter, fagfolk med uklar eller yderst lejlighedsvis forbindelse til offentlig myndighed, hvilket i det mindste ikke umiddelbart kan siges at være tilfældet i den her foreliggende situation.

4. Af disse grunde giver de seks søgsmål, der her er samlet med henblik på dette forslag til afgørelse, Domstolen lejlighed til med større skarphed end hidtil at behandle rækkevidden af en så kompleks bestemmelse som den, der følger af kombinationen af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF. I denne opgave påhviler det Domstolen, til forskel fra hidtil, at søge en passende balance mellem de formål, Unionens friheder forfølger, hensynet til medlemsstaternes kompetence og unionsborgerskabet. Ved afvejningen af disse værdier vil Domstolen bemærke, at de nævnte artikler kræver en særlig fortolkningsindsats, hvor proportionalitetsprincippet spiller en afgørende rolle.

5. Som det ses, viser karakteren af de størrelser, der her er på spil, samt muligheden for at indføre en proportionalitetskontrol i artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF betydningen af nærværende sag, ikke alene for den konkrete notarvirksomhed, men også i bredere forstand for EU-retten.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

1. Primærretten

6. Den bestemmelse, som Kommissionen har gjort gældende til støtte for sit søgsmål, er

4 — Det skal her bemærkes, at selv om notarembedet af »latinsk type«, som er genstand for disse søgsmål, fortsat er den mest almindelige i Europa, sameksisterer de i Den Europæiske Union med andre varianter, hvis inddragelse i artikel 45, stk. 1, EF's anvendelsesområde ikke giver anledning til spørgsmål. Dette skyldes dels, at notaren fuldt ud indgår i den offentlige forvaltning, dels at hans mellemkomst mangler autentificeringens effektivitet i den her anvendte betydning. Endelig er forskellene i Europa øget i de seneste år med ophævelsen af nationalitetsklausulen i nogle stater, som har latinsk notarvirksomhed (Italien, Spanien).

den, der følger af kombinationen af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF (nu artikel 49 og 51 TEUF), som på det tidspunkt, hvor det påståede traktatbrud fandt sted, fastsatte etableringsfriheden for fysiske og juridiske personer med følgende ordlyd:

»*Artikel 43*

Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber. […]

Artikel 45

Virksomhed, som varigt eller lejlighedsvis er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed i en medlemsstat, er i den pågældende stat ikke omfattet af bestemmelserne i dette kapitel.

På forslag af Kommissionen kan Rådet med kvalificeret flertal undtage visse erhverv fra bestemmelserne i dette kapitel« [5].

2. Den afledte ret

7. Direktiv 89/48 fastsatte en gennemførelsesfrist, som i henhold til dets artikel 12 udløb den 4. januar 1991.

8. Direktivets artikel 2 har følgende ordlyd:

»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.«

5 — Det skal påpeges, at selv om alle de berørte parter i forbindelse med disse traktatbrudssøgsmål uden større præcision henviser til artikel 45 EF, er den bestemmelse, der faktisk konsekvent henvises til, den, der er indeholdt i det første af de to stykker, som den nævnte artikel består af, dvs. den, som »i negativ« fastsætter området for anvendelse af friheden ved ikke at omfatte virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. Med en helt anden betydning omhandler stk. 2 en generisk situation med økonomisk virksomhed, som, uden at være forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, alligevel gennem bestemmelser i den afledte ret så at sige »kan« »udvises« fra etableringsfriheden. Jeg vender efterfølgende tilbage til dette.

9. Det bemærkes, at notarerhvervet ikke er blevet reguleret ved et sådant instrument, som der henvises til i den ovenfor nævnte artikels stk. 2.

10. Direktiv 89/48 blev ophævet og kodificeret ved direktiv 2005/36/EF. Den nye affattelse bevarer direktiv 89/48's væsentligste indhold, men som noget nyt i forhold til forgængeren har 41. betragtning en ordlyd, som klart ikke er irrelevant:

»Dette direktiv berører ikke anvendelsen af traktatens artikel 39, stk. 4, og artikel 45 i forbindelse med erhvervet som notar.«

B — *National ret*

1. Notarerhvervet

11. Såvel Kommissionen som medlemsstaterne har fremført mange faktiske og retlige oplysninger, som detaljeret beskriver notarerhvervet i hvert enkelt land. Under hensyn til omfanget af de fremførte oplysninger, dette forslag til afgørelses samlede karakter og nødvendigheden af at følge en klar argumentation i den indholdsmæssige analyse, gives der i det følgende et individualiseret resumé af såvel de påberåbte bestemmelser som de funktioner, der i hver medlemsstat tillægges notarerhvervet, herunder i særdeleshed autentificeringen af retsakter.

a) Belgisk ret

12. Det belgiske notarerhverv er reguleret i lov af 25. Ventôse år XI og i forskellige bestemmelser, der bl.a. findes i den belgiske retsplejelov.

13. Ifølge den belgiske lovgivning består notarens opgaver hovedsagelig i oprettelse af officielt bekræftede dokumenter, som har to hovedkendetegn: fuld beviskraft og eksigibilitet [6].

14. For at gennemføre en autentificering handler notaren på begæring fra en part og foretager en undersøgelse af lovligheden af det dokument, som bekræftes. Notarens medvirken kan være obligatorisk eller fakultativ, afhængigt af det dokument, der skal

6 — Artikel 19 i lov af 25. Ventôse år XI.

notarielt bekræftes, og i dette konstateres, at alle retligt gældende krav til udførelse af handlingen er opfyldt, samt at parterne har rets- og handleevne. I forbindelse med notarens mellemkomst underretter denne hver part om dens rettigheder og pligter og rådgiver upartisk [7]. Notaren foretager direkte beregning og opkrævning af registreringsafgifter og tinglysning af panterettigheder.

15. Alle dokumenter, der er udfærdiget ved en notar, har fuld beviskraft svarende til den, der gives af dokumenter vedtaget af en offentlig embedsmand, der kun kan anfægtes ved domstolene. Notarens vurdering kan appelleres, men i form af en særlig rettergang [8].

16. Det officielt bekræftede dokument er eksigibelt på hele landets område [9]. Et notardokument kræver således ikke skyldnerens samtykke med henblik på at gennemføre fuldbyrdelsen (men en forkyndelse er nødvendig), idet det tilkommer en offentlig myndighed, *huissier* (foged og stævningsmand), at iværksætte den. Ved indsigelse mod fuldbyrdelsen kan skyldneren anmode om afsigelse af mellemafgørelse om fuldbyrdelsen [10].

17. Foruden autentificeringsfunktionen har den belgiske regering godtgjort, at notarer også varetager andre aktiviteter, som dog er mindre hyppige end de tidligere anførte. En notar varetager således funktioner forbundet med salg af fast ejendom under fuldbyrdelsesprocedurer, konkurs, værgemål og arveret, opgørelser, deling af uskiftet bo samt stiftelse, fusion og andre selskabsdokumenter.

18. Med henblik på at varetage disse funktioner er en notar en offentlig embedsmand, som repræsenterer offentlig myndighed, selv om virksomheden anses for et liberalt erhverv [11]. Stillingen er fast og er omfattet af en disciplinærordning for personer, der arbejder for de offentlige myndigheders regning [12]. Deres honorarer har ikke kommerciel karakter og er fastsat ved lov, men klienten har mulighed for at vælge notar. Notarer konkurrerer således ikke om klienterne ved en prispolitik, men ved kvaliteten af tjenesteydelsen.

7 — Artikel 9, stk. 1, tredje afsnit, i lov af 25. Ventôse år XI.

8 — Proceduren med »falskindsigelse«, der finder anvendelse på notardokumenter, er i civilretten reguleret i den belgiske retsplejelovs artikel 895.

9 — Artikel 19 i lov af 25. Ventôse år XI.

10 — Artikel 1395 og 1396 i den belgiske retsplejelov.

11 — Artikel 1 i lov af 25. Ventôse år XI.

12 — Artikel 108 i lov af 25. Ventôse år XI.

b) Fransk ret

19. Det franske notarerhverv er reguleret i lov af 25. Ventôse år XI og andre særlige bestemmelser, der navnlig findes i retsplejeloven.

20. Det franske notarerhverv er også kendetegnet ved autentificering af dokumenter og kontrakter, som parterne forelægger notaren, hvis mellemkomst medfører dokumentets eller kontraktens fulde beviskraft og eksigibilitet [13].

21. En fransk notar handler på begæring fra en part, selv om der findes forskellige dokumenter, hvis udfærdigelse obligatorisk kræver en notars medvirken [14]. For at sikre, at dokumentet er behørigt bekræftet, gennemfører notaren en kontrol af operationens lovlighed og er underlagt nogle strenge lovregulerede formelle bestemmelser [15], herunder at dokumentet skal være affattet på fransk [16]. Notaren er endvidere forpligtet til at underrette parterne om dokumentets rækkevidde og virkninger og til at sikre sig, at de frit giver deres samtykke til kende med fuld rets- og handleevne.

22. Et officielt bekræftet dokument har en kvalificeret beviskraft, der dog kan anfægtes ved en særlig procedure, der henhører under tribunal de grande instances enekompetence [17]. Spørgsmålet rejses som et bispørgsmål under en sag eller som hovedgenstanden for en sag afhængigt af, om indholdet af det bekræftede dokument anfægtes under en verserende sag [18]. Resultatet af denne procedure kan føre til sanktioner både for notaren og den part, der har anlagt sagen.

23. At et notardokument er eksigibelt, indebærer, at enhver af de parter, som deltager i det, kan anmode om tvangsfuldbyrdelse direkte hos den enekompetente offentlige myndighed: *huissier* [19]. Til forskel fra private dokumenter kræver et notardokument ikke domstolenes medvirken, når det skal fuldbyrdes, og skyldnerens samtykke er ikke nødvendigt. Fuldbyrdelsesproceduren

13 — Artikel 1 i bekendtgørelse 45-2590 af 2.11.1945, artikel 1319 i code civil og artikel 19 i den franske lov af 25. Ventôse år XI.

14 — Bl.a. donationer, ægtepagt, pantsætning og fremtidige salg.

15 — Jf. lov af 25. Ventôse år XI samt særlige bestemmelser som dem, der er anført i artikel 850 i den almindelige lov om skatter og afgifter.

16 — Artikel 1 i lov 94-665 af 4.8.1994 samt Villers-Cotterêts-bekendtgørelsen af 1539, som stadig er i kraft og er oprindelse til kravet om brug af fransk i offentlige dokumenter.

17 — Retsplejelovens artikel 299.

18 — Retsplejelovens artikel 306 og 314.

19 — Monopolet for fuldbyrdelse af eksigible dokumenter og fundamenter er forbeholdt huissiers ved retsplejelovens artikel 18.

er den samme som ved fuldbyrdelse af retsafgørelser [20].

24. Foruden autentificeringsfunktionen har den franske regering godtgjort, at en notar også varetager andre aktiviteter, som dog er mindre hyppige end de tidligere anførte. En notar varetager således funktioner forbundet med opkrævning af afgifter, som er forskellige fra autentificering, og som supplerer denne og viser i hvilken grad erhvervet er forbundet med offentlig myndighed.

25. Notaren er en statsembedmand, som ved delegation er blevet tillagt en beføjelse til at udøve offentlig myndighed, og som er underlagt en særlig uforenelighedsordning, selv om han udøver sin virksomhed som en liberal erhvervsdrivende [21]. Notarers funktion indgår imidlertid i forebyggende retspleje, som sikrer stabiliteten af retlige og sociale forhold. Notarhonorarer er fastsat ved lov, men klienten har mulighed for at vælge mellem notarer. Der er således tale om en økonomisk virksomhed, der varetages inden for en konkurrenceordning, hvor det ikke er prisen, men tjenesteydelsens kvalitet, der er det afgørende differentierende element mellem leverandører.

c) Luxembourgsk ret

26. Luxembourgsk notarerhverv er reguleret i lov af 9. december 1976 og i andre særbestemmelser, blandt hvilke skal fremhæves den nye retsplejelov, lov af 25. september 1905 og den storhertugelige anordning af 7. oktober 2000.

27. Luxembourgsk notarvirksomhed er kendetegnet ved at bestå af embedsmænd, der har til opgave at medvirke i forbindelse med alle dokumenter og kontrakter, som parterne forelægger notarerne med henblik på bekræftelse af disse [22]. Autentificeringen er forbundet med en styrket beviskraft og eksigibilitet [23].

28. En notar medvirker på begæring af en part og skal gennemføre en kontrol af dokumentets lovlighed samt sikre, at forskellige lovbestemte formaliteter er opfyldt. Hans funktion kan imidlertid være obligatorisk i bestemte tilfælde [24]. Notaren skal sikre, at parterne handler frit og med fuld rets- og handleevne. Han er forpligtet til at rådgive parterne uafhængigt og at underrette dem om rettigheder og forpligtelser som følge af dokumentet og af hans medvirken.

20 — Lov 91-650 af 9.7.1991.

21 — Notarvirksomhedens offentlige karakter bekræftedes af det franske Conseil d'État i dom af 9.6.2006 (nr. 280911), der fastslog, at artikel 45, stk. 1, EF fandt anvendelse på erhvervet, selv om det kom frem til denne konklusion uden at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

22 — Artikel 1 i lov af 9.12.1976.

23 — Artikel 37 og 45 i lov af 9.12.1976.

24 — Jf. f.eks. lov af 25.9.1905 om materielle rettigheder over fast ejendom.

29. Autentificeringen følger af påføringen af et stempel, som registrerer fuldbyrdelsespåtegningen [25]. Dokumentets beviskraft er følgelig særlig stærk og tillader kun modbevis i exceptionelle tilfælde ved en særlig rettergang [26].

30. Notardokumentets eksigibilitet tillader kreditor at anvende fuldbyrdelsesproceduren direkte over for debitor, uden at det er nødvendigt at anlægge et anerkendelsessøgsmål ved en domstol. Kreditor skal blot henvende sig til den myndighed, som har eneret til tvangsfuldbyrdelse — huissier. Mod dennes afgørelse under fuldbyrdelsesproceduren kan der anlægges sag på samme betingelser som i forbindelse med fuldbyrdelse af en retsafgørelse.

31. Foruden autentificeringsfunktionen har den luxembourgske regering godtgjort, at notarer også varetager andre aktiviteter, som dog er mindre hyppige end de tidligere anførte. En notar varetager således funktioner forbundet med salg af fast ejendom under fuldbyrdelsesprocedurer, konkurs, værgemål og arveret, opgørelser samt deling af uskiftet bo.

32. Notarer er embedsmænd udnævnt af storhertugen på justitsministerens forslag. De udøver deres funktioner på hele det luxembourgske område, hvor de har pligt til at have bopæl. Til trods for at de varetager deres funktioner som selvstændige erhvervsdrivende, er de omfattet af en særlig status, herunder strenge bestemmelser om uforeneelighed [27]. Notarhonorarer er fastsat ved lov, men klienterne har mulighed for at vælge notar, når der findes mere end én i det territoriale kompetenceområde, hvor de skal medvirke. Der er således fri konkurrence mellem notarer, selv om de ikke konkurrerer på prisen, men på tjenesteydelsens kvalitet.

d) Østrigsk ret

33. Østrigsk notarvirksomhed er i store træk reguleret i lov af 25. juli 1871 og af 11. november 1970 samt i forskellige bestemmelser i retsplejeloven.

34. Østrigsk notarvirksomhed består af tjenestemænd, der er udnævnt på livstid af staten, og hvis funktioner bl.a. består i autentificering af dokumenter, som tildeles særlig beviskraft og eksigibilitet [28].

25 — Storhertugelig anordning af 7.10.2000.

26 — Den nye retsplejelovs artikel 310 ff.

27 — Artikel 6 i lov af 9.12.1976.

28 — Retsplejelovens §§ 292 og 3 i lov om notarvirksomhed af 25.7.1871, RGBl. 75/1871.

35. Som Republikken Østrig har anerkendt i sit svarskrift, er autentificering en typisk og oprindelig opgave for notarer i landet. Der er tale om en funktion på begæring fra en part, selv om den i nogle tilfælde er obligatorisk, med henblik på at oprette og sikre fuld virkning af et dokument. En notar gennemfører en kontrol af lovligheden af det dokument, der forelægges ham, og rådgiver ligeledes parterne om deres rettigheder og forpligtelser og om virkningerne af notariel bekræftelse og konstaterer, at parterne nyder fuld rets- og handleevne.

36. Notaren kan, når han medvirker i forbindelse med et dokument, repræsentere parterne og i særlige situationer varetage deres forsvar for domstole og administrationer [29]. Denne aktivitet gennemføres selvstændigt og med gevinst for øje.

37. Notardokumenter nyder en særlig beviskraft, selv om der under strenge betingelser er mulighed for modbevis [30].

38. Som følge af autentificeringen udgør notardokumenter eksigible fundamenter, der kan fuldbyrdes direkte på begæring af den interesserede og for de offentlige organer med ansvar for denne funktion, nemlig de kantonale domstole [31]. Det er ikke nødvendigt med hverken skyldnerens samtykke eller en anerkendelsesafgørelse. Fuldbyrdelsesproceduren giver imidlertid mulighed for anvendelse af retsmidler, der er reguleret i den særlige procesret vedrørende den nævnte procedure [32].

39. Foruden autentificeringsfunktionen har den østrigske regering godtgjordt, at notarer også varetager andre aktiviteter. Notaren handler således som Gerichtskommissär, en funktion tildelt ved lov, som overdrager ham bistands- og kontrolfunktioner i behandlingen af bestemte retslige procedurer, som f.eks. i arvespørgsmål. I sin egenskab af Gerichtskommissär udøver notaren beføjelser, herunder beføjelsen til at udstede påbud, svarende til de retslige.

40. En notar er en embedsmand, der er udnævnt ved den føderale justitsministers afgørelse, og er forpligtet til at varetage sine offentlige funktioner. En notars virksomhed udøves imidlertid som et liberalt erhverv. Han udøver sine funktioner uafhængigt og er underlagt en særlig status. Notarhonorarer

29 — § 5 i lov om notarvirksomhed af 25.7.1871.

30 — Retsplejelovens § 292.

31 — *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht.* Jf. § 17 ff. i lov af 27.5.1896, RGBl. 79/1896.

32 — §§ 35-37 i lov af 27.5.1896.

reguleres ved lov, men klienterne har mulighed for at vælge notar. Der er således konkurrence mellem notarer, som ikke foregår ved en prispolitik, men ved tjenesteydelsens kvalitet.

e) Tysk ret

41. Tysk notarvirksomhed er reguleret i lov af 24. februar 1961 og i forskellige bestemmelser i retsplejeloven.

42. Den tyske notarvirksomhed varetages af uafhængige offentlige embedsmænd, der principielt varetager funktionen med autentificering af dokumenter [33]. Et notarielt bekræftet dokument er eksigibelt og har en særlig beviskraft [34]. Notarfunktionen indgår i den såkaldte »forebyggende retspleje« [35].

43. Autentificering er notarerhvervets mest betydningsfulde og karakteristiske virksomhed. Notaren varetager således kontrol med lovligheden af de private dokumenter, som parterne ønsker at oprette, og notaren forvisser sig om, at de udtrykker deres vilje med fuld rets- og handleevne [36]. Når de retlige betingelser er opfyldt, er notaren forpligtet til at foretage autentificeringen [37]. Under sin mellemkomst rådgiver notaren parterne og underretter dem om deres rettigheder og forpligtelser og om virkningerne af den notarielle bekræftelse af dokumentet [38]. Selv om notaren handler på begæring af en part og ikke på eget initiativ, indeholder den tyske lovgivning en bred vifte af dokumenter, som kræver en notars mellemkomst for at få fuld virkning [39].

44. Notardokumentet er et offentligt bekræftet dokument, som har en særlig beviskraft, selv om det kan gøres til genstand for modbevis på de ved lov fastsatte betingelser [40] og afhængigt af, om den genstand, som notaren bekræfter, er udtalelser fra tredjemand, udtalelser fra notaren selv eller faktiske forhold.

45. Et notardokument er eksigibelt, og det tilkommer fuldbyrdelsesmyndighederne at foretage fuldbyrdelsen uden samtykke fra skyldneren, selv om forkyndelse skal finde

33 — § 1 og § 20, stk. 1, i lov af 24.2.1961, BGBl. I, s. 97.
34 — Retsplejelovens § 415 og § 794, stk. 1, nr. 5, og § 797, stk. 2.
35 — På tysk, ifølge § 1 i lov af 24.2.1961, »vorsorgende Rechtspflege«.
36 — § 14, stk. 2, i lov af 24.2.1961.
37 — § 15, stk. 1, i lov af 24.2.1961.
38 — § 14, stk. 1, nr. 2, i lov af 24.2.1961.
39 — Jf. bl.a. tilfældet med løfte om donation (BGB's § 518), ægtepagt (BGB's § 1408) eller afkald på arv (BGB's § 2346).
40 — Retsplejelovens § 415, stk. 2.

sted. Skyldneren underkaster sig således fuldbyrdelse på tidspunktet for dokumentets vedtagelse og notarielle bekræftelse [41]. Fuldbyrdelseskompetencen tilkommer udelukkende de ved lov fastsatte myndigheder, blandt hvilke notaren ikke hører til [42]. Til prøvelse af de afgørelser, der er vedtaget i løbet af en fuldbyrdelse, som har en forbindelse til indholdet i notardokumentet, kan der anlægges sag [43].

46. Foruden autentificeringsfunktionen har den tyske regering godtgjort, at notarer også varetager andre aktiviteter, som dog er mindre hyppige end de tidligere anførte. Notaren varetager således funktioner forbundet med godkendelse af dokumenter, overdragelse af beføjelser og bekræftet udskrift af beedigede erklæringer.

47. En tysk notar er en embedsmand, der er udnævnt af en delstat, og som varetager sine funktioner i statens navn [44]. Selv om virksomheden ikke har kommerciel karakter, handler notaren som en selvstændig erhvervsdrivende, bortset fra i Baden-Württemberg [45]. I de øvrige delstater, og afhængigt af området, udøver notarer erhvervet alene eller forener det med advokaterhvervet. Notarer er omfattet af en særlig status, som sikrer deres uafhængighed, samtidig med at deres honorarer er fastsat ved lov [46]. Klienten har imidlertid mulighed for at vælge notar inden for en konkret territorial ramme [47]. Der er således konkurrence mellem de notarer, der opererer i et bestemt område, dog ikke på grundlag af en prispolitik, men på grundlag af tjenesteydelsens kvalitet.

f) Græsk ret

48. Græsk notarvirksomhed er i det væsentlige reguleret i lov nr. 2830/2000.

49. En græsk notar er en embedsmand, som hovedsagelig har til opgave at autentificere dokumenter, hvorved de får beviskraft og eksigibilitet [48].

41 — Retsplejelovens § 794, stk. 1, nr. 5.

42 — Der findes forskellige kompetente myndigheder, herunder fogeder (Gerichtsvollzieher), fogedretten (Vollstreckungsgericht), procesretter (Prozessgericht) og registrene (Grundbuchamt).

43 — Retsplejelovens § 732 og § 797, stk. 3.

44 — § 1 i lov af 24.2.1961.

45 — I denne delstat er notaren en tjenestemand, der indgår i den offentlige forvaltning.

46 — § 17 i lov af 24.2.1961.

47 — §§ 10a og 11 i lov af 24.2.1961.

48 — Artikel 1, stk. 1, i lov nr. 2830/2000.

50. Notaren er ansvarlig for at bekræfte de dokumenter, som frit forelægges ham af parterne, om end notarens mellemkomst kan være obligatorisk i bestemte tilfælde [49]. Notaren informerer og rådgiver parterne om deres rettigheder og forpligtelser og præsterer sine tjenesteydelser uafhængigt.

51. Notardokumenter har en særlig beviskraft, idet de kan gøres gældende over for alle [50]. Dokumentets indhold kan kun anfægtes af særlige grunde.

52. På grund af notardokumentets eksigibilitet kan der anmodes om tvangsfuldbyrdelse direkte hos den myndighed, der er kompetent og ansvarlig herfor. Imidlertid kan der anlægges sag, om end kun som et bispørgsmål under en sag, mod tvangsfuldbyrdelseshandlinger og under fastsatte omstændigheder [51].

53. Foruden autentificeringsfunktionen har den græske regering godtgjort, at notarer også varetager andre aktiviteter, som dog er mindre hyppige end de tidligere anførte. Notaren varetager således bl.a. funktioner forbundet med salg af fast ejendom under fuldbyrdelsesprocedurer, konkurs, værgemål og arveret, opgørelser samt deling af uskiftet bo.

54. Notaren er en embedsmand, der præsterer sine tjenesteydelser uafhængigt og modtager sit honorar direkte fra klienten. Selv om prisen for hans tjenesteydelser er fastsat ved lov, har klienten mulighed for at vælge notar.

55. Der er således konkurrence mellem notarer, som ikke foregår ved en prispolitik, men ved tjenesteydelsens kvalitet.

g) Sammenfatning

56. Som konklusion på det tidligere anførte forekommer det legitimt at vurdere, at de seks sagsøgte stater har udviklet en fælles notarfigur, navnlig hvad angår autentificering og de heraf følgende virkninger — beviskraft og eksigibilitet. I alle de sagsøgte stater findes der ligeledes en særlig hybrid notarstatus, halvvejs mellem offentlig myndighed og selvstændig erhvervsdrivende, som er underlagt rettigheder og forpligtelser, der gør notarvirksomhed til en stilling, som varetager en økonomisk virksomhed *sui generis*. Det er denne grad af grundlæggende sammenfald, som gør det muligt at give et samlet svar på de foreliggende traktatbrudssøgsmål.

49 — Det gælder f.eks. stiftelse af selskaber, gaver givet i levende live og overdragelse af fast ejendom.

50 — Artikel 438 i lov nr. 2830/2000.

51 — Artikel 933 ff. i lov nr. 2830/2000.

2. Den nationale bestemmelse, som specifikt er genstand for søgsmålene: nationalitetsklausulen

57. Efter at have angivet de grundlæggende retsforskrifter, som notarerhvervet er omfattet af, skal der nu redegøres for de bestemmelser, som Kommissionen kritiserer i denne sag, og som har til formål at begrænse adgangen til notarvirksomhed til statens statsborgere.

a) Belgisk ret

58. Artikel 35, stk. 3, i lov af 25. Ventôse år XI, som ændret ved lov af 4. maj 1999, fastsætter en nationalitetsklausul med henblik på adgang til notarerhvervet i Belgien. Den har følgende ordlyd:

»For at kunne udnævnes til notarkandidat skal den interesserede: 1. være belgier […]«

b) Fransk ret

59. Artikel 3 i dekret af 5. juli 1973, som ændret ved dekret 89-399 af 20. juni 1989, opstiller en nationalitetsbetingelse for adgangen til notarerhvervet i Frankrig med følgende ordlyd:

»Kun personer, som opfylder følgende krav, kan være notar: 1º At være fransk […]«

c) Luxembourgsk ret

60. Artikel 15 i lov af 9. december 1976 om organisering af notarvirksomheden opstiller en nationalitetsbetingelse for adgangen til notarerhvervet i Luxembourg. Den har følgende ordlyd:

»For at få adgang til at drive notarvirksomhed er det en betingelse: a) at være luxembourger […]«

d) Østrigsk ret

61. § 6, stk. 1, litra a), i lov om notarvirksomhed, RGBl. nr. 75/1871, som ændret ved lov BGBl. nr. 164/2005, opstiller en nationalitetsbetingelse for adgang til notarerhvervet i Østrig med følgende ordlyd:

»Det er en forudsætning for udøvelse af notarerhvervet, at kandidaten a) har østrigsk statsborgerskab […]«

e) Tysk ret

62. § 5 i forbundsloven om notarialvæsenet, som ændret ved § 3 i lov af 26. marts 2007, opstiller en nationalitetsbetingelse for adgang til notarerhvervet i Tyskland. Den er affattet således:

»Kun bosatte tyske statsborgere, som opfylder kravene for adgang til retsvæsenet som fastsat i forbundsloven om dommeres status, kan udnævnes til notar.«

f) Græsk ret

63. Artikel 19, stk. 1, i lov nr. 2830/2000 opstiller en nationalitetsbetingelse for adgang til notarerhvervet i Grækenland med følgende ordlyd:

»Til notar udnævnes personer, som har græsk statsborgerskab […]«

III — Parternes påstande

64. Kommissionen har, støttet af Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, i de her samlede sager nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Kongeriget Belgien, Den Franske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Østrig, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Hellenske Republik har tilsidesat deres forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet de har begrænset adgangen til notarerhvervet til personer, der har landets statsborgerskab.

— Det fastslås, at Kongeriget Belgien, Den Franske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Østrig, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Hellenske Republik har tilsidesat deres forpligtelser i henhold til direktiv 2005/36 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer, idet de ikke har anvendt direktivet på notarerhvervet.

— Kongeriget Belgien, Den Franske Republik, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Østrig, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Hellenske Republik tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

65. De sagsøgte stater har, støttet af Republikken Litauen, Rumænien, Republikken Bulgarien, Republikken Polen, Republikken Slovenien, Den Tjekkiske Republik, Den Slovakiske Republik, Republikken Ungarn og Republikken Letland, nedlagt følgende påstande:

Det fastslås, at sagen forkastes som ugrundet, da den foreholdte tilsidesættelse af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF ikke har fundet sted, og Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Forbundsrepublikken Tyskland har forud for den ovenfor nævnte påstand nedlagt en formalitetsindsigelse, idet den har gjort gældende, at Kommissionen under den administrative procedure påberåbte sig direktiv 89/48, mens den nu i sin stævning foreholdt medlemsstaten en tilsidesættelse af direktiv 2005/36, som har erstattet det tidligere direktiv.

IV — Formaliteten

66. I sag C-54/08, som omhandler Forbundsrepublikken Tyskland i dens egenskab af sagsøgt, har denne, støttet af Slovenien og Letland, gjort en formalitetsindsigelse gældende på grund af de af Kommissionen påberåbte bestemmelser. Efter dens opfattelse har Kommissionen foreholdt den en tilsidesættelse af direktiv 89/48 under den administrative procedure af traktatbrudssøgsmålet, men har nu under retssagen foreholdt medlemsstaten en tilsidesættelse af direktiv 2005/36, som erstatter det tidligere direktiv.

67. Denne indsigelse kan ikke tiltrædes.

68. Ifølge fast retspraksis udgør en forskriftsmæssig administrativ procedure en med traktaten tilsigtet garanti, ikke blot med henblik på at beskytte den pågældende medlemsstats rettigheder, men også med henblik på at sikre, at en eventuel efterfølgende retssag har en klart afgrænset tvist som genstand. Den kontradiktoriske procedure for Domstolen kan nemlig kun efter en forskriftsmæssig administrativ procedure gøre det muligt for Domstolen at afgøre, om medlemsstaten faktisk har undladt at opfylde de forpligtelser, som Kommissionen påstår tilsidesat [52].

69. Som Domstolen gentagne gange har fastslået, står 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 åbningsskrivelsens konklusion, dog fast, at

52 — Kendelse af 11.7.1995, sag C-266/94, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 1975, præmis 17 og 18.

»Kommissionen, når fællesskabsretten ændres under den administrative procedure, har adgang til at få en traktatbrudspåstand prøvet for så vidt angår forpligtelser, der er fastlagt i et — senere ændret eller ophævet — direktivs første udgave, når disse fortsat består i henhold til nye bestemmelser« [53].

V — Realiteten

A — *Den første søgsmålsgrund*

72. Med sit første klagepunkt har Kommissionen nedlagt påstand om, at det fastslås, at de sagsøgte medlemsstater har tilsidesat artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet de har forbeholdt deres statsborgere adgangen til notarerhvervet.

70. Som fremhævet af Kommissionen viser en sammenligning af de nævnte bestemmelser, at direktiv 2005/36 blot har forstærket og kodificeret bestemmelserne i direktiv 89/48. De fleste af de forpligtelser, som medlemsstaterne skulle opfylde i henhold til direktiv 89/48, finder fortsat anvendelse i medfør af direktiv 2005/36.

73. Staterne har støttet sig til en anden opfattelse af den bestemmelse, der følger af de to forskrifter, hovedsagelig baseret på fastlæggelsen af anvendelsesområdet for den negativt formulerede bestemmelse i den anden af forskrifterne, dvs. en anden fortolkning af udtrykket »virksomhed, som varigt eller lejlighedsvist er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed«.

71. Heraf følger, at sagen kan admitteres, uden at den af Tyskland formulerede formalitetsindsigelse tiltrædes, eftersom den vedrører forpligtelser i henhold til direktiv 2005/36, som allerede bestod i henhold til det ophævede direktiv.

74. Udtrykt meget elementært, mens artikel 45, stk. 1, EF efter Kommissionens opfattelse hovedsagelig er en forskrift forbundet med begrebet »tvang«, forsvarer medlemsstaterne en klart bredere fortolkning i den forstand, at bestemmelsen omfatter enhver form for beslutning, som har særlige virkninger og udviser forskelle i forhold til dem, der følger af en privat retsakt.

53 — Jf. bl.a. dom af 9.11.1999, sag C-365/97, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7773, præmis 36, og af 5.6.2003, sag C-145/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 5581, præmis 17.

1. Tre indledende generelle bemærkninger

75. Der skal indledningsvis fremsættes tre generelle betragtninger. Den første vedrørende strukturen i den retsregel, der følger af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, den anden vedrørende betydningen, eller hvis man foretrækker, opbygningen af artikel 45, stk. 1, EF og den tredje vedrørende anvendelsen af proportionalitetsprincippet.

a) Den retsregel, hvis tilsidesættelse Kommissionen foreholder staterne: artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF

76. Som anført har Kommissionen foreholdt de pågældende medlemsstater en tilsidesættelse af bestemmelser i artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF i forening, hvoraf udledes anvendelsesområdet for etableringsfriheden. Det særlige forhold vedrørende denne tilsidesættelse, der er sket på grundlag af to traktatbestemmelser, fortjener en første kommentar.

77. Artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF udgør egentlig en lovgivningsmæssig enhed med udgangspunkt i en regel (etableringsfrihed) og en undtagelse (virksomhed forbundet med udøvelse af offentlig myndighed), som således afgrænser deres anvendelsesområde. Af forbindelsen mellem de to regler fremkommer den bestemmelse, der er afgørende for løsningen af den foreliggende sag. Vi står derfor ikke over for en regel (artikel 43 EF), med hensyn til anvendelsen af hvilken der blot er fastsat en undtagelse (artikel 45, stk. 1, EF), men over for en anden regel, nemlig den, der bestemmer anvendelsesområdet for etableringsfriheden for udøvelse af virksomhed, som ikke er forbundet med deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed. Sådan er anvendelsesområdet for den konkrete traktatsikrede frihed, og det er således det skal forstås, når Kommissionen gør gældende, at artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF er tilsidesat.

78. Dette er på den anden side den afgørende forskel, som funktionelt adskiller de to stykker, som artikel 45 EF består af. Artikel 45, stk. 1, indkredser som netop anført direkte og endeligt (perfekt), om end i negative termer, frihedens anvendelsesområde ved at erklære virksomhed, som er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, for udelukket herfra (»ikke omfattet«). Artikel 45, stk. 2, giver derimod blot mulighed for, at afledt ret kan indføre yderligere begrænsninger af anvendelsesområdet for den traktatsikrede frihed, som denne følger af artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 45, stk. 1, EF. Denne generiske mulighed for punktuelle undtagelser fra anvendelsesområdet for denne frihed, som der ikke hidtil er gjort brug af, falder fuldstændig uden for de foreliggende traktatbrudssøgsmål. Artikel 45, stk. 2, 's kontrast til

bestemmelsen i stk. 1 gør det imidlertid muligt at forstå og forklare stk. 1's funktion og rækkevidde.

79. Det skal derfor understreges, at artikel 43 EF ikke fastslår en frihed, etableringsfriheden, som *derefter* fraviges i artikel 45, stk. 1, EF. Der er med andre ord ikke tale om en undtagelse til anvendelsen af en regel, men om en undtagelse, som udgør den regel, der i traktaten bestemmer frihedens anvendelsesområde. Medlemsstaternes forpligtelse er således at gøre etableringsfriheden gældende med hensyn til økonomisk virksomhed, som ikke, selv lejlighedsvis, har en forbindelse med udøvelsen af offentlig myndighed. Jeg henviser i det følgende til den rækkevidde af artikel 43 ERF, som fastlagt ved artikel 45, stk. 1, EF, som »etableringsfrihedens negative anvendelsesområde«.

b) Fortolkningsvanskeligheden vedrørende artikel 45, stk. 1, EF's betydning

80. Den anden generelle indledende bemærkning er af materiel karakter. Det synes klart, at bestemmelsen i artikel 45, stk. 1, EF, om »virksomhed« »forbundet med udøvelse af offentlig myndighed« henviser til et fremmedlegeme i moderne offentlige myndigheds fænomenologi. Den adskillelse af det offentlige og det private område eller, om man vil, af statens og samfundets område, som kendetegner den moderne politiske verden, fører i princippet til, at der i dag ikke findes virksomhed med deltagelse i offentlig myndighed uden for de tre myndigheder, som den offentlige myndighed anses for at bestå af. Privatiseret (eller ikke nationaliseret) virksomhed, som imidlertid har karakter af udøvelse af offentlig myndighed, er således noget relativt *uventet* i traktatens opbygning. Dette ses dog stadig i artikel 51 TEUF, tidligere artikel 45, stk. 1, EF, og således tilbage til den første version af EF-traktaten i 1957. Samme formulering findes i øvrigt i artikel 23 og 27 i konventionen om Den Europæiske Frihandelssammenslutning.

81. Det er naturligt at antage, at denne konstante tilstedeværelse af den nævnte formulering i hele primærrettens udvikling må opfylde et formål og være udtryk for en underliggende idé [54]. Den eneste logiske forklaring er, at staterne i deres egenskab af

54 — Jf. Chr. Tomuschat: »Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt«, i *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* 27 (1967), s. 53 ff.

ophavsmænd til traktaterne og eventuelt på grundlag af deres egen kultur og retstradition har viet det forhold opmærksomhed, at i det mindste i et betydeligt antal af staterne omfattede deres respektive lovgivninger bestemte aktiviteter, der var forbundet med deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed, som imidlertid ikke blev varetaget af offentlige myndigheder, men som derimod havde form af virksomhed eller aktiviteter i hænderne på erhvervsdrivende. En fremgangsmåde, som vil føre til den konklusion, at der ikke findes en eksisterende virksomhed, som fortjener en sådan kvalificering, ville sikker give anledning til tvivl om, hvorvidt nævnte fortolkning var korrekt.

opretholde eller bringe denne type virksomhed til ophør. For så vidt som staterne opretholder den, bestemmer traktaten direkte dens udelukkelse fra etableringsfriheden. Man kan i denne retning sammenligne denne bestemmelse med en fakultativ *stand still*-klausul.

c) Inkorporering af proportionalitetsprincippet

82. Noget andet er det, at man kan opfatte det sådan, at artikel 45, stk. 1, EF er udformet som en beføjelse til staterne til at foretage en tidsubegrænset eller generel privatisering af offentlig myndighed (en særlig *devolution*), som ville give den betydningen af »økonomisk virksomhed«. Efter min opfattelse er dette ikke tilfældet. Artikel 45, stk. 1, EF bør ikke ses som en fremadrettet forskrift, men som en forskrift med fortid. Den formodentlig mest rammende forståelse af artikel 45, stk. 1, EF er, at det med traktaten er ønsket at udelukke virksomhed, som undtagelsesvis fortsat som genstand har et fænomen med forbindelse til den statslige politiske myndighed, fra etableringsfriheden. Traktaten giver naturligvis staterne fuld frihed til at

83. Under denne sag har medlemsstaterne anført, at anvendelsen af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF ikke giver mulighed for en proportionalitetskontrol. Hermed har staterne gjort gældende, at når kravene i artikel 45, stk. 1, EF er opfyldt, kan der ikke foretages en vægtning, som gør det muligt at anvende bestemmelsen gradvist. Netop dette, graduering, er proportionalitetsprincippets funktion, når det anvendes på en undtagelse fra frihederne, idet det er det redskab, der skal anvendes for at afgøre, i hvilken grad en begrænsning af en frihed er nødvendig for at nå legitime mål, der er begrundet i offentlig sikkerhed, offentlig sundhed eller offentlig

orden [55]. De sagsøgte stater i denne sag gør samstemmende gældende, at artikel 45, stk. 1, EF ikke giver mulighed for en kontrol i henhold til proportionalitetsprincippet, men at der er tale om en så at sige binær situation: Enten finder bestemmelsen anvendelse, eller også gør den ikke, men den giver ikke fortolkeren mulighed for vægtning.

84. Hver gang Domstolen har beskæftiget sig med et spørgsmål om fortolkning af artikel 45, stk. 1, EF, har analysen været begrænset til at afklare, om den pågældende aktivitet faktisk deltog direkte i udøvelsen af offentlig myndighed. Som der vil blive redegjort for i det følgende, er det imidlertid nødvendigt ligeledes at bemærke, at Domstolen hidtil aldrig har haft fornødent at gå ud over en første fase i det forløb, som anvendelsen af artikel 45, stk. 1, EF kræver, idet den altid har kunnet begrænse sig til fra en første begrebsmæssig tilnærmelse at fastslå, at den pågældende aktivitet ikke deltog i udøvelsen af offentlig myndighed. Med andre ord har de situationer, hvor domstolen har skullet udtale sig om fortolkningen af artikel 45, stk. 1, EF, kunnet afgøres uden behov for at komme nærmere ind på detaljerne i den begrebsmæssige konstruktion af kategorien »offentlig myndighed« [56]. I tilfælde af et positivt svar skal Domstolen derimod uddybe sit ræsonnement. I så tilfælde består fortolkningen i, under hensyn til graden af deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed, som virksomheden er udtryk for, at afgøre, om den anfægtede nationale foranstaltning er nødvendig for at nå målene i artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF.

85. Det må således konkluderes, at artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF giver mulighed for en proportionalitetskontrol.

86. I forbindelse med de nævnte forskrifter finder proportionalitetskontrol i givet fald anvendelse ved at foretage en lignende undersøgelse som den, Domstolen har anvendt i sin praksis [57], der vægter 1) den restriktion, den vedtagne foranstaltning giver anledning til, og 2) den grad, hvormed den pågældende virksomhed deltager i udøvelsen af offentlig myndighed. Jo mere direkte og umiddelbar deltagelsen er, desto mere omfattende er den vifte af foranstaltninger, som artikel 45, stk. 1, EF omfatter. Jo mindre direkte den er, jo mindre vil de foranstaltninger, der kan være berettigede i henhold til den, være, både i kvantitet og intensitet.

55 — Artikel 46, stk. 1, EF. Denne forskrift er blevet fortolket af Domstolen ved anvendelse af en proportionalitetskontrol fra sag til sag, som det fremgår af en omfattende retspraksis. Jf. blandt de seneste sager domme af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 61 ff., og af 3.10.2006, sag C-452/04, Fidium Finanz, Sml. I, s. 9521, præmis 46. Om princippet og dets rolle som vægtningsregel i forbindelse med friheder, jf. T. Tridimas: *The General Principles of EU Law*, 2. udg., Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193 ff., og D.-U. Galetta: *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, s. 103 ff.

56 — Jf. blandt mange andre M. Henssler og M. Filian: Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG, *Europarecht*, 2005, s. 192 ff.

57 — Jf. retspraksis nævnt ovenfor i fodnote 55.

2. Virksomhed med deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed

a) Domstolens praksis

87. Når man ser på det nuværende udviklingstrin af retspraksis vedrørende artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, er det første element, der fremgår heraf, Domstolens gentagne fremhævelse af en streng fortolkning. Allerede i 1974 i Reyners-sagen [58] fremgik det, at retspraksis ville begrænse bestemmelsen til et meget snævert område. Bevis på denne angrebsvinkel er det, at efter et halvt århundredes retspraksis og ca. 15 afsagte domme har Domstolen endnu ikke fastslået, at en bestemt virksomhed er omfattet af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF.

88. For det andet har retspraksis fastsat, at »virksomhed« ikke er synonym med »erhverv«. At en virksomhed udgør deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed indebærer derfor ikke i sig selv, at artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF omfatter de øvrige aktiviteter, som den pågældende erhvervsdrivende varetager. På grundlag af dette ræsonnement har Domstolen fastslået, at kun i de tilfælde, hvor virksomhed vedrørende offentlig myndighed ikke kan udskilles fra de øvrige aktiviteter, kan artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF's rækkevidde og anvendelighed vedrørende et erhverv som helhed reduceres. Som det blev fastslået i Reyners-dommen, kan en udtalelse om et erhverv som helhed ikke tillades »såfremt en virksomhed, der eventuelt er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, inden for et uafhængigt erhverv udgør et element, der kan udskilles fra det pågældende erhvervs virksomhed som helhed« [59].

89. Domstolen har for det tredje præciseret i Reyners-sagen, at anvendelsesområdet for artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF »begrænses til sådan virksomhed, som i sig selv er direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed« [60], uden at medlemsstaterne kan vedtage ensidige retsforskrifter, som udvider eller reducerer dens ordlyd [61].

90. Endelig skal der som det fjerde og sidste element i Domstolens praksis, der bør nævnes, henvises til nødvendigheden af at undersøge de særlige funktioner, der varetages i forbindelse med hver virksomhed, i en vurdering, der er tæt forbundet med sagens konkrete omstændigheder, som gør det nødvendigt

58 — Dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631.

59 — Reyners-dommen, præmis 47.

60 — Reyners-dommen, præmis 45.

61 — Dom af 15.3.1988, sag 147/86, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 1637, præmis 8.

for Domstolen indgående at behandle spørgsmål om national ret, der ikke altid er lette at afgøre. Siden Reyners-dommen har det været klart, at de kendetegn, der skal være opfyldt for at anvende artikel 45, stk. 1, EF, skal »vurderes for hver enkelt medlemsstat for sig i forhold til de nationale bestemmelser, der gælder for organiseringen og udøvelsen af dette erhverv« [62]. Denne karakteristik har bidraget til, at retspraksis er konkret, lidet ekspressiv og tæt forbundet med hver form for virksomheds særlige forhold. Dette i så høj grad at der aktuelt ikke foreligger en eneste afgørelse, i hvilken Domstolen har redegjort for betydningen af udtrykkene »direkte«, »specifik«, eller »offentlig myndighed«.

91. Hvad angår det praktiske resultat af denne retspraksis bemærkes, som tidligere anført, at i de afgørelser, Domstolen hidtil har afsagt, er den ikke nået til den konklusion, at en virksomhed deltager direkte og særligt i udøvelsen af offentlig myndighed [63].

Advokaterhvervet [64], undervisning og ledelse af private undervisningsinstitutioner [65], drift af edb-systemer for det offentlige [66], bestyrelsesmedlemmer i forsikringsvirksomheder [67], teknisk kontrol med motorkøretøjer [68], salg af lotto-indskud [69], privat vagtvirksomhed [70], offentlige redningstjenester [71] og kontrolorganer inden for området for økologisk landbrug [72] — alle disse aktiviteter er blevet undersøgt af Domstolen, og i alle tilfældene blev det afvist, at der var tale om virksomhed forbundet med udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF [73].

62 — Reyners-dommen, præmis 49.

63 — Forbundsrepublikken Tyskland er af den opfattelse, at Domstolen i dom af 5.10.1994, sag C-55/93, Van Schaik, Sml. I, s. 4837, kom til den konklusion, at en økonomisk virksomhed deltog i udøvelsen af offentlig myndighed. Domstolen fastslog i dommens præmis 16, at den omstændighed, at en medlemsstat meddeler værksteder i andre medlemsstater autorisation til at foretage eftersyn, indebærer udvidelse af en offentligretlig beføjelse ud over det nationale område. Domstolen kom til den konklusion, at det var beføjelsen til at meddele autorisationer og ikke den autoriserede økonomiske virksomhed, der udgjorde deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed.

64 — Reyners-dommen.

65 — Dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland.

66 — Dom af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 4035.

67 — Dom af 13.7.1993, sag C-42/92, Thijssen, Sml. I, s. 4047.

68 — Dom af 22.10.2009, sag C-438/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 10219, og Van Schaik-dommen.

69 — Dom af 26.4.1994, sag C-272/91, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1409.

70 — Dom af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, af 9.3.2000, sag C-355/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1221, af 31.5.2001, sag C-283/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4363, og af 13.12.2007, sag C-465/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 11091.

71 — Dom af 29.4.2010, sag C-160/08, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 3713.

72 — Domme af 29.11.2007, sag C-404/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 10239, og sag C-393/05, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 10195.

73 — Hvilket ikke betyder, at Domstolen har forholdt sig tavs om virksomhed, som muligvis er omfattet af artikel 45, stk. 1, EF, som i Van Schaik-sagen, eller omfattet af anvendelsesområdet for artikel 39, stk. 4, EF om arbejdskraftens frie bevægelighed, hvor der som bibemærkninger (obiter dicta) forekommer markante henvisninger til aktiviteter, der i teorien kunne deltage i udøvelse af offentlig myndighed, såsom politimæssige funktioner og funktioner som offentlige embedsmænd i dom af 30.9.2003, sag C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, Sml. I, s. 10391.

b) Den nødvendige uddybning af begrebet offentlig myndighed

92. Som anført, kan der kun udledes få oplysninger af retspraksis, som kan tjene til at undersøge karakteren eller kvaliteten af »offentlig myndighed« i den her omhandlede forskrifts forstand. Definitionen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF [74] kan ikke undgå at tage udgangspunkt i en bestemt forudforståelse af begrebet offentlig myndighed som generel kategori i statsteorien, i hvilken Unionen nødvendigvis begrebsmæssigt indgår som et fællesskab af stater [75].

93. I denne forstand er »offentlig myndighed« først og fremmest »magt«, dvs. kapacitet til at pålægge en adfærd i overensstemmelse med en uimodståelig vilje. Ifølge en almindeligt accepteret forståelse og i sin yderste konsekvens er der tale om enekapacitet for staten, dvs. for den institution, i hvilken retsordenen personaliseres som instrument til administration og forvaltning af den legitime styrke [76]. Offentlig myndighed er således den suveræne herskers magt, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

94. Dette vil sige, at der i en stat ikke er anden legitim magt end den, der administreres af den offentlige myndighed, hvilket kan være til fordel for statens eksistens og opnåelsen af dens formål (almen interesse), eller til fordel for legitime forventninger om adfærd fra nogle borgeres side i forhold til andre (privat interesse). I det sidstnævnte tilfælde altid ved overholdelse af på forhånd fastsatte betingelser [77].

95. Det formål, som den af staten monopoliserede og administrerede magt tjener, udgør sikkert et første kriterium med hensyn til fastlæggelsen af grænsen mellem den offentlige myndighed og borgerne. Den offentlige myndighed skal nemlig sikre opnåelse af de generelle mål, som udgør grundlaget for legitimering af den konkrete statsform, der er vedtaget af den politiske myndighed (i Europa typisk den sociale og demokratiske retsstat). Borgerne kan derimod i udøvelsen af deres autonomi som individer arbejde på

74 — Som i øvrigt uden forskel i sine forskellige versioner betjener sig af to udtryk, som på det teoretiske plan kan have visse nuancer, såsom »offentlig autoritet« og »offentlig myndighed/magt«. Der tales om »autoritet« i f.eks. den franske version (»l'exercice de l'autorité publique«), den engelske (»the exercise of official authority«), den portugisiske (»exercício da autoridade pública«), den rumænske (»exercitării autorității publice«) og den maltesiske version (»l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika«), mens udtrykket »offentlig myndighed« foretrækkes i den spanske version (»ejercicio del poder público«), den tyske version (»Ausübung öffentlicher Gewalt«), den italienske version (»esercizio dei pubblici poteri«) og den svenske version (»utövandet av offentlig makt«).

75 — Selv om definitionen af begrebet i sidste ende skal være i overensstemmelse med EU-retten, udformer Domstolen som øverste fortolker af denne ret ikke desto mindre altid sin definition med udgangspunkt i de forskellige nationale definitioner af den pågældende kategori. Jf. blandt mange andre M. Schlag: »Art. 45«, *EU-Kommentar* (J. Schwarze, Hrs.), 2. udg., Nomos, Baden-Baden, 2009.

76 — Jf. for en omfattende bibliografi, A. Passerin d'Entreves: *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Tuorin, 1962.

77 — Klart nok medtages ikke magt, der er monopoliseret af en anden stat, som sameksisterer med den første på grundlag af respekten for de respektive suveræne områder, der afgrænses af folkeretten.

at tilfredsstille deres private interesser. Og de kan med henblik herpå eventuelt og på de betingelser, der er fastsat af forvaltningen, anvende den af den offentlige myndighed administrerede magt, som til dette formål i princippet repræsenterer et instrument i ikke almene interessers tjeneste.

96. Det traditionelt mest anvendte kriterium med henblik på at identificere offentlig myndighed er den offentlige myndigheds kapacitet til at pålægge sin vilje ensidigt, dvs. uden behov for den forpligtedes samtykke. Borgeren kan derimod kun tvinge en anden borger til at acceptere sin vilje med dennes samtykke.

97. Forholdene er imidlertid ikke så enkle, når det som i de her omhandlede tilfælde drejer sig om en demokratisk stat. I en sådan situation er samtykke altid på en eller anden måde i sidste instans nødvendig. På den anden side er det nødvendigt at relativisere udtalelsen om, at den offentlige myndigheds vilje pålægges på en måde, der ikke kan anfægtes. Det forholder sig nemlig sådan, at set fra retsstatens synspunkt, herunder også Unionens, kan enhver handling fra den offentlige myndigheds side kontrolleres. I realiteten er den demokratiske stats suveræne myndighed set i dette lys snarere *auctoritas* end ren *imperium* [78]. Dvs. dominansmyndighed udøvet ved de adlydende subjekters vilje og sikret ved oprindelig legitimitet af viljen til at dominere, snarere end ved ren trussel om fysisk tvang [79].

98. Set i dette lys forudsætter dette, at det pågældende begreb ikke er et absolut, men et relativt begreb, der derfor kan gradueres [80]. Jo lettere det er at pålægge en adfærd, jo større nærhed til den offentlige myndigheds kvalitet, men blot og bar ubestridelig pålæggelse afvises altid.

99. Af alle disse grunde indebærer hensyn til formålskriteriet (almen interesse/privat interesse) eller til kriteriet om den måde, hvorpå en forpligtelse sikret ved magt pålægges (unilateral/bilateral), en vej, som uværgerligt munder ud i et meget usikkert terræn. Vi støder her på ekstraordinært upræcise begreber,

78 — Som bekendt er suveræniteten i realiteten en kvalitet, der som prædikat for staten ikke kan gøres krav på af nogen af dens organer, der som selve staten udelukkende bygger på forfatningen: »Der er kun så meget stat, som forfatningen stifter«, »es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert« (P. Häberle, Europäische Verfassungslehre, 6. udg., Nomos, Baden-Baden, 2009, s. 187, der gentager R. Smend og A. Arndts idé). I en konstitutionel stat er der efter nogens opfattelse ingen suveræn hersker, da suveræniteten er en kvalitet af staten som helhed. Jf. M. Kriele: *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg, 1975.

79 — Oprindelig legitimitet, hvortil føjes udøvende legitimitet i henhold til procedurernes logik. I denne retning N. Luhmann: »*Legitimation durch Verfahren*«, Ed. Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1969.

80 — I denne forstand f.eks. Chr. Tomuschat, s. 69.

idet de er underlagt relative størrelsers vilkårlighed og derfor ikke er underlagt den mindste grad af objektivitet. Det er naturligvis operative kriterier, når de konfronteres med entydige situationer med udøvelse af offentlig myndighed, som det er tilfældet med sådan virksomhed, som er mest direkte forbundet med suverænitetens prærogativers handling (hæren, offentlige sikkerhedsstyrker, jurisdiktion, regering). Men de er ikke tilstrækkelige til at redegøre for kvalificeringen af andre offentlige aktiviteter, der er mindre forbundet med udøvelsen af tvang og alligevel er kvalitativt forskellige fra privat virksomhed.

100. Hvis vi går et skridt videre i disse overvejelser, skal der tages hensyn til kvaliteten af den moderne stat som en form for forvaltning af magten, som er langt mere sofistikeret end de tidligere kendte former. De sidstnævnte var reduceret til administration af fysisk tvang gennem procedurer til definition af de ekstraordinært forenklede betingelser for dens udøvelse. Derfor er det i dag for at redegøre for fænomenet offentlig myndighed i hele dets kompleksitet praktisk taget uundgåeligt at operere med et begreb for offentlig myndighed med udgangspunkt i den retsorden, hvori den nævnte myndighed handler.

101. På denne baggrund repræsenterer retsordenen en proces til forvaltning af udøvelsen af den legitime magt, der i givet fald kan resultere i anvendelsen af denne magt i en konkret situation. Der bør således ikke være nogen ulempe forbundet med at acceptere, at de retsakter, hvormed lovgivningen konkluderer (der hvor processen med den legitime magt slutter med en retsakt, som bringer den proces til ophør og giver den en endelig version) fremstår som det ypperste udtryk for retsordenen [81].

102. På denne baggrund er det afgørende kriterium for at kvalificere en handling som afledt af offentlig myndighed karakteren af dens forbindelse med den pågældende stats lovgivning. Konkret skal kvaliteten af en virksomhed ses som udtryk for en deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed med udgangspunkt i det omfang virksomheden indgår i (hører til) den omhandlede retsorden. Kriteriet er således ikke blot dens overensstemmelse med retsordenen, men dens inkorporering som akt i lovgivningen [82].

81 — Hvad angår fortolkningen af lovgivningen som en række retsakter, der kan føres tilbage til en første positiv bestemmelse, som udtryk for den suveræne magt, H. Kelsen: *Reine Rechtslehre*, 2. udg., Deuticke, Wien, 1960.

82 — Derfor kræver undersøgelsen af, om en bestemt virksomhed deltager eller ej i udøvelsen af offentlig myndighed, ikke en bestræbelse på at henføre den til en af de tre myndigheder og/eller statsfunktioner, dvs. den lovgivende, udøvende og dømmende magt, især den sidstnævnte, som det er fremgået af argumentationerne i denne sag.

103. I denne forstand kan jurisdiktionen ses som det mest karakteristiske udtryk for offentlig myndighed. Med dens afgørelser fastlægges retten endeligt, og i denne forstand blandes retsordenen sammen med dem [83]. Af samme grund kan man imidlertid også sige, at offentlig myndighed er den, hvis akter kan opfylde denne betingelse uden behov for *iurisdictio*. Først og fremmest er loven eksigibel i sig selv, ligesom administrative bestemmelser eller politiets anordninger. Det drejer sig altid om retsakter og bestemmelser, der kan gøres til genstand for retslig prøvelse, men som under ingen omstændigheder behøver »bemyndigelse« for umiddelbart at få retsvirkninger.

104. På baggrund af det ovenfor anførte er det klart, at ingen borger kan frembringe retsakter, der kan pålægges tredjemand uden den offentlige myndigheds mellemkomst. Når anvendelsen af magt fra borgerens side er udelukket, kræver gennemførelse af egen ret altid en offentlig bemyndigelse. Offentlig myndighed begrænser sig ikke i sådanne tilfælde til at prøve en retsakt, der i sig selv kan få bindende virkning over tredjemand, som det er tilfældet med retsakter fra forvaltningen, regeringen eller den lovgivende magt. Den offentlige myndighed intervenerer derimod i disse situationer som konstitutiv myndighed med hensyn til den forpligtelse, som borgeren ønsker at gøre gældende i forhold til tredjemand. Det drejer sig da om forpligtelser, som kan være opstået på grundlag af et sammenfald af viljer (kontrakt/dispositionsmaksimen), men kravet om opfyldelse af dem er ikke inden for borgerens rækkevidde, hvis der ikke foreligger offentlig mellemkomst.

105. Som konklusion på det ovenstående kan det med den abstraktionsgrad, som sagen kræver, hævdes, at man blandt de kendetegn, der identificerer offentlig myndighed inden for rammerne af de forskellige nationale traditioner, må medregne den, der kommer til udtryk i sin kapacitet til at pålægge en akt, bestemmelse eller adfærd statens vilje som formaliseret ved retsordenen. Dette er faktisk en mindste fællesnævner, som alle traditionerne er afpasset efter, og i forbindelse med hvilken det afgørende kriterium for skillelinjen mellem det offentliges område og borgernes område er muligheden for at pålægge en konkret vilje statens generelle vilje.

106. Ovenstående betragtninger bør gøre det muligt at behandle det centrale spørgsmål vedrørende notarvirksomhed med større sikkerhed.

83 — A. Merkl: *Die Lehre von der Rechtskraft*, Deuticke, Leipzig, 1923.

3. Spørgsmålet, om notarvirksomhed og nærmere bestemt autentificeringsvirksomhed indgår i etableringsfrihedens negative anvendelsesområde

107. En bemærkning forekommer imidlertid hensigtsmæssig. Spørgsmålet, om notarvirksomhed indgår i det, jeg har kaldt etableringsfrihedens »negative anvendelsesområde«, er ikke alene ikke løst i Domstolens praksis, hvilket det her næsten er unødvendigt at gentage, men spørgsmålet har været genstand for en intens og omfattende debat, som det i rigt mål kom til udtryk i de skriftlige indlæg og i det langvarige retsmøde den 27. april 2010. Retspraksis indeholder ganske vist nogle passager, der kan anses for at tale for et positivt svar [84]. Men det kan på ingen måde siges, at Domstolen har haft lejlighed til at undersøge spørgsmålet med den nødvendige grundighed.

108. At debatten har været intens og omfattende fremgår klart af Europa-Parlamentets stillingtagener i tidens løb [85]. Det samme kan siges om betragtning 41 til direktiv 2005/36, uanset dens større eller mindre tvetydighed, som jeg vender tilbage til senere. Det er under alle omstændigheder klart, at ingen af disse tilkendegivelser kan afhjælpe problemet eller fritage Domstolen fra dens opgave med at træffe den endelige afgørelse vedrørende fortolkningen af traktaterne.

a) Autentificering som notarernes centrale virksomhed i de sagsøgte stater

109. Hvordan det end forholder sig, lad mig begynde med at erindre om, at både staterne og Kommissionen anerkender, at kernen i notarvirksomhed er autentificeringsbeføjelsen og de virkninger, som denne indebærer — eksigibilitet og beviskraft. Nogle medlemsstater, såsom Belgien og Østrig, har fremhævet nogle bifunktioner, som varetages af notarer i deres retssystemer, og som afspejler elementer af offentlig myndighed. Alle partnerne,

84 — I sagen Colegio de Oficiales de la Marina Mercante, fastslog Domstolen — i en situation, som imidlertid vedrørte artikel 39, stk. 4, EF — at »i henhold til spansk ret […] er bemyndiget til at foretage notar- eller registreringsfunktioner vedrørende personers civilstand, som ikke udelukkende kan forklares ud fra hensyn til skibets førelse. Disse funktioner udgør en deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed med henblik på beskyttelse af flagstatens almene interesser« (præmis 42).

85 — Jf. Europa-Parlamentets beslutninger af 18.1.1994 og 23.3.2006, hvori det var anført, at notarerhvervet deltager direkte og reelt i udøvelsen af offentlig myndighed. Beslutningen fra 2006 anførte udtrykkeligt, at Parlamentet »mener, at EF-traktatens artikel 45 fuldt ud skal finde anvendelse på notarerhvervet som sådant«, og baserede denne udtalelse på, at »den delvise uddelegering af statens beføjelser er et grundlæggende element i udøvelsen af notarerhvervet, og at den i dag udøves regelmæssigt som en del af notarens virksomhed«.

herunder Kommissionen, er imidlertid enige om, at autentificering og dens virkninger udgør den virksomhed, der par excellence definerer erhvervet, uden hvilket det ville være meningsløst.

110. Når de seks traktatbrudssøgsmål har kunnet samles med henblik på dette forslag til afgørelse, skyldes det grundlæggende den omstændighed, at det er muligt at tale om »notarvirksomhed« i termer, der finder anvendelse på dem alle. Dvs. at der for de seks stater kan tales om en central »autentificeringsvirksomhed« og om i stort omfang fælles virkninger i de respektive retsordener. På staternes suverænitsområde er der naturligvis afvigelser fra denne situation, enten fordi staten går over til gennem sin egen administration at udøve disse funktioner direkte, eller fordi den radikalt svækker følgerne af notarens mellemkomst for »offentlige« dokumenter. Et eksempel på det første er Portugal indtil indledningen af processen til ændring af notarerhvervet eller Baden-Württemberg; et eksempel på det andet kunne eventuelt igen være Portugal, på grund af den gennemgribende ændringsproces, der er gennemført i det sidste årti [86]. Svaret på det problem, som de foreliggende sager rejser, må kort sagt findes på grundlag af en kvalificering af bestemte erhvervsmæssige aktiviteter, sådan som de i dag er reguleret i de berørte stater. En ændring af denne regulering kan selvfølgelig have indvirkning på Domstolens besvarelse.

111. Det skal ligeledes som tidligere anført påpeges — idet jeg henholder mig til Reyners-dommen — at det, jeg kalder etableringsfrihedens negative anvendelsesområde, kun kan anvendes på et erhverv i sin helhed, når »en virksomhed, der eventuelt er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, […] udgør et element, der [ikke] kan udskilles fra […][erhvervets] virksomhed som helhed« [87]. Det er således nødvendigt at tilslutte sig medlemsstaterne og Kommissionen med hensyn til, at autentificering samt dens virkninger udgør et element, der ikke kan udskilles fra notarvirksomhed som helhed. Hvis det således bekræftes, at denne virksomhed indebærer en direkte og særlig deltagelse i offentlig myndighed, er notarvirksomhed, forstået som erhvervet

86 — Om den portugisiske notarvirksomhed jf. mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Portugal, fremsat samme dag som det foreliggende (sag C-52/08).

87 — Reyners-dommen, præmis 47.

som helhed, omfattet af den i artikel 45, stk. 1, EF omhandlede situation.

112. I de seks sagsøgte stater består notarens opgave hovedsagelig i at oprette officielt bekræftede dokumenter, som har to hovedkendetegn — fuld beviskraft og eksigibilitet [88]. Det kan med en beskrivelse, der i vidt omfang er gældende for alle de nævnte stater og under henvisning til beskrivelsen i begyndelsen af dette forslag til afgørelse, konstateres, at notaren for at gennemføre autentificeringen handler på begæring af en part og foretager en undersøgelse af lovligheden af det dokument, som han bekræfter. Notarens mellemkomst kan være obligatorisk eller fakultativ, afhængig af hvilket der skal offentliggøres, og notaren konstaterer herunder, at alle de lovfæstede krav med henblik på udfærdigelsen af dokumentet er opfyldt, såvel som at parterne har rets- og handleevne [89].

113. Notarielt bekræftede dokumenter har fuld beviskraft svarende til beviskraften af dokumenter, der er vedtaget af en offentligt anerkendt tjenestemand, som kun kan anfægtes ved en domstol. Kontrollen af notarens vurdering kan anfægtes, men ved et særligt retsmiddel [90].

114. Et notarielt bekræftet dokument er eksigibelt i hele landets område. Et sådant dokument kræver således ikke skyldners samtykke for at blive fuldbyrdet (men forkyndelse er nødvendig), og det tilkommer direkte en offentlig myndighed at fuldbyrde det. I tilfælde af indsigelse mod fuldbyrdelsen kan skyldner anmode en domstol om afsigelse af en mellemafgørelse om fuldbyrdelse [91].

b) Henførelse af autentificeringsvirksomhed til udøvelse af offentlig myndighed

115. Besvarelsen af det i sidste instans væsentligste spørgsmål, der rejses i de foreliggende traktatbrudssøgsmål, fremgår næsten naturligt af de tidligere anførte betragtninger vedrørende de definitoriske kriterier for offentlig myndighed. Hvis et af de mest karakteristiske elementer i den moderne stat er dens sammenhæng med retsordenen, kan en bestemt virksomheds kapacitet til at indvirke på en retsordens opbygning bidrage afgørende til at definere svaret.

116. Hvis man tillader mig at erindre om nogle af de nævnte betragtninger, finder statens vilje sit endelige udtryk i domstolenes

88 — Jf. punkt 13, 20, 27, 34, 42 og 49 i dette forslag til afgørelse.

89 — Jf. punkt 14, 21, 28, 35, 36, 43 og 50 i dette forslag til afgørelse.

90 — Jf. punkt 15, 22, 29, 37, 44 og 51 i dette forslag til afgørelse.

91 — Jf. punkt 16, 23, 30, 38, 45 og 52 i dette forslag til afgørelse.

afgørelser, som kan foregribes af dokumenter, der alt efter hvilket subjekt de stammer fra, kan være udstyret med en mere eller mindre umiddelbar eksigibilitet. Jeg har også nævnt, at det netop af graden af denne eksigibilitets umiddelbarhed, der er det sikreste kriterium for at identificere offentlig myndighed. Der er altid mulighed for at anfægte enhver påstand om fuldbyrdelse, og i så fald er det igen domstolen, der løser spørgsmålet endeligt. Jurisdiktionens fredsbevarende funktion kan finde sted i forbindelse med en afgørelse af en konkret tvist, navnlig private modsatrettede påstande (typisk påstande knyttet til borgeres rettigheder i forhold til andre borgere i forbindelse med civile retssager).

117. Hvad der især har betydning med henblik på den konkrete sag er, at en bestemt national retsorden ligeledes kan vælge at foregribe en konflikt (og dermed forebygge den). Dette navnlig ved at kvalificere som offentlige (med dokumenteret juridisk værdi og eksigibilitet) bestemte dokumenter og bestemmelser fra borgere, som i sig selv ikke ellers kunne fordre en større værdi end private handlinger. Med denne offentlige intervention i borgernes akter giver den offentlige myndighed disse akter sikkerhed og nedsætter således antallet af retstvister. Uanset dette er det klart, at muligheden for en domstols mellemkomst aldrig er udelukket, hvis konflikten trods alt opstår i sidste instans [92]. Med en vis ukorrekthed, men med åbenbar ekspressiv styrke har denne fredsbevarende, foregribende funktion, der er typisk for notarens autentificeringsvirksomhed, givet anledning til en kvalificering som »forebyggende retspleje«.

118. I den begrebsmæssige sammenhæng, der er defineret i punkt 92 og 105 i dette forslag til afgørelse, udøver notarerne gennem autentificeringen med andre ord direkte og særligt virksomhed af offentlig karakter i den forstand, at de for borgerne foregriber en bemyndigelse til at udøve deres ret, som de ellers skulle kræve fra sag til sag. Den notarielle mellemkomst fritager for nødvendigheden af at kræve en anden offentlig myndigheds mellemkomst, når man ønsker at gøre den af notaren officielt bekræftede realitet gældende, og giver dermed det notarielt bekræftede dokument en kvalificeret offentlig juridisk værdi, som kun kan anfægtes ved en domstol (ligesom ethvert dokument fra den offentlige myndighed kan). Det er åbenbart, at den afgørende egenskab ved offentlig myndighed ikke er immunitet over for retskontrol, som er umulig i en retsstat, men en kvalificeret

92 — Jf. i denne forbindelse I. de Otto: *Estudios sobre el Poder Judicial,* Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

formodning om legitimitet af dens dokumenter og følgelig en vis grad af krav til de nødvendige betingelser for dens kontrol.

119. Det er klart, at notaren ikke udøver tvang eller ensidigt pålægger nogen forpligtelse. Dette er som nævnt heller ikke det eneste afgørende kriterium for egenskaben ved offentlig myndighed. Autentificeringen giver borgernes dokumenter en offentlig karakter i den forstand, at den foregribende giver dem en juridisk værdi, som borgerne, hvis denne mellemkomst ikke havde fundet sted, nødvendigvis ville have skullet anmode en (anden) offentlig myndighed om for at gøre dem gældende i henhold til retten. Der er, om man vil, tale om en offentlig myndighed, som opererer på det mest borgernære område, med andre ord partsautonomi. Den offentlige dimension er imidlertid ubestridelig, hvis der tages hensyn til dens evne til at gøre det rent private offentligt og således give det den offentlige myndigheds iboende styrke [93].

120. Noget andet er det, at notarvirksomhed, når det anerkendes, at den er mindre intenst forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed i den mest snævre forstand (forbindelse med den suveræne myndigheds beføjelser), kan være underlagt mindre strenge betingelser for dens udøvelse end dem, der gælder for myndigheder, der er mere impliceret i udtrykket for suverænitet.

121. I det omfang autentificering svarer til denne funktion, er jeg følgelig af den opfattelse, at der er tale om virksomhed, som deltager direkte og særligt i udøvelsen af offentlig myndighed ved at give akter, bestemmelser og adfærd, som ellers ikke ville have anden retlig værdi end udtrykket for en privat vilje, en særlig status. Ved anvendelse på denne konklusion af retspraksis udledt af Reyners-sagen, og idet autentificering udgør den uadskillelige kerne af notarfunktionen i alle de sagsøgte stater, må det fastslås, at notarerhvervet generelt og som helhed deltager direkte og særligt i udøvelse af offentlig myndighed.

122. Efter min opfattelse gør denne konklusion det imidlertid endnu ikke muligt i sig selv at besvare den første søgsmålsgrund i de foreliggende traktatbrudssager.

93 — Nogle særtræk af symbolsk art, som nogle medlemsstater har tilkendegivet, kan bekræfte min opfattelse. Dette gælder således den omstændighed, at notarer i nogle stater opbevarer og gør brug af statens segl. I nogle tilfælde er erklæringen om eksigibilitet ligeledes et udtryk for notarers offentlige funktion, som f.eks. i Frankrig: »En conséquence, la République française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis, de mettre ledit arrêt (ou ledit jugement, etc.) à exécution, aux procureurs généraux et aux procureurs de la République près les tribunaux de grande instance d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.«

4. Nationalitetsklausulen i forhold til proportionalitetsprincippet

123. Indtil her har jeg gennemgået den funktionelle side af notarerhvervet i de sagsøgte stater. Kommissionen har imidlertid koncentreret sin påstand om traktatbrud på et konkret aspekt af notarernes status, nationalitetsklausulen. Herefter er det nødvendigt at afklare, om inddragelsen af notarerhvervet i etableringsfrihedens »negative anvendelsesområde« uundgåeligt medfører den nævnte klausuls legitimitet. Dette indebærer som nævnt, at det er nødvendigt at foretage en proportionalitetskontrol, hvor dels forskelsbehandlingen på grund af nationalitet, dels graden af notarvirksomheds forbindelse med den offentlige myndighed vægtes.

a) Notarens status

124. Med funktionen følger en status, og denne status bekræfter den kvalificering, der er foretaget vedrørende funktionen. Notaren er således en embedsmand, som repræsenterer staten, selv om virksomheden anses for et liberalt erhverv. Notarens udnævnelse er permanent, og han er underlagt en disciplinærordning for personer, der arbejder for den offentlige myndigheds regning [94].

125. Den funktionelle karakter af forbindelsen mellem en notar og staten er særligt udtryksfuldt for forbindelsen med den offentlige myndighed. Det drejer sig nemlig om en forbindelse, der opstår i forbindelse med virksomhedens start med adgangsbetingelser, der er ligestillet med dem, der gælder for tjenestemænd, og som ligeledes kræver afgivelse af en troskabsed. Notarens status er således et udtryk for den institutionelle karakter af forbindelsen mellem notaren og staten, som følgelig gør det muligt for den førstnævnte at formalisere statens vilje gennem sin mellemkomst i forbindelse med privatretlige dokumenter.

126. Som følge af nævnte forbindelse har de sagsøgte stater i deres retsordener indført krav om statsborgerskab i det land, hvor en person ønsker adgang til notarerhvervet. Det er dette krav, der indfører en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, og som åbenlyst indgår i den personlige status for de personer, der udøver notarerhvervet, som efter Kommissionens opfattelse udgør en tilsidesættelse af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, og som skal gøres til genstand for en proportionalitetskontrol som behandlet nedenfor.

94 — Jf. punkt 18, 25, 32, 40, 47 og 54 i dette forslag til afgørelse.

b) Forskelsbehandling på grundlag af nationalitet i lyset af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF

127. Som anført i punkt 83-86 i dette forslag til afgørelse er det ved anvendelsen af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF ikke alene nødvendigt at vurdere, om en virksomhed deltager i udøvelsen af offentlig myndighed, men det skal også efterfølgende undersøges, om den kritiserede statslige foranstaltning er berettiget i lyset af proportionalitetsprincippet i forbindelse med de mål, som de to forskrifter forfølger.

128. For det første bemærkes, at artikel 45, stk. 1, EF, til trods for den mere »spontane« forståelse, der har kunnet gøres gældende, og til trods for, at retspraksis eventuelt kan tyde på det modsatte [95], ikke omhandler forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Den associering, som traditionelt foretages mellem artikel 45, stk. 1, EF og kravene til nationalitet, skal vurderes med forsigtighed, da det er en forbindelse, der er dannet som følge af de sager, som Domstolen hidtil har afgjort, men som ikke er resultatet af en nødvendig forbindelse mellem de to [96]. Det skal påpeges, at selv om artikel 45, stk. 1, EF er en bestemmelse, som ikke er ændret siden den oprindelige affattelse, er traktaten imidlertid blevet ændret gennemgribende. Mens den første fortolkning af artikel 45, stk. 1, EF kunne være forbundet med nationalitet, må den ændring, der er sket af traktaterne i løbet af de sidste 20 år, ikke føre til den forhastede konklusion, at den nævnte forskrift nødvendigvis forudsætter, at staterne har ret til uden stor forsigtighed at indføre forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

129. For det andet er det næppe nødvendigt at nævne, at direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet ikke er en hvilken som helst foranstaltning, hvis resultat blot er at forhindre den frie bevægelighed. Denne form for forskelsbehandling har derimod en særlig dimension for EU-retten, da den indledningsvis udgør den mest rendyrkede tilkendegivelse af national protektionisme [97]. I

95 — Jf. retspraksis nævnt ovenfor i fodnote 64-73.

96 — Et bevis herpå er, at artikel 45, stk. 1, EF også er blevet påberåbt, om end uden succes, for at begrunde bopælskrav eller krav om varige strukturer i en medlemsstat, som det var tilfældet i sagen Kommissionen mod Tyskland og i sagen Kommissionen mod Østrig.

97 — Jf. generelt G. Davies: *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Ed. Kluwer, Haag, 2003, og M. Rossi: »Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV«, *Europarecht*, 2000, s. 197 ff.

en Union, som proklamerer skabelsen af et marked uden indre grænser, udgør forekomsten af direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet en afvisning af selve ideen om integration. Det usædvanlige bliver endnu tydeligere, når man husker på, at Unionen har internaliseret de grundlæggende rettigheder, navnlig lighedsprincippet, i artikel 20 og 21 i charteret om grundlæggende rettigheder [98]. En retsunion, der således garanterer respekten for de grundlæggende rettigheder, kan ikke undgå at stille spørgsmålstegn ved et fortolkningsresultat, som munder ud i en form for forskelsbehandling, som er alvorlig i sig selv, men som desuden er i strid med det indre markeds mest grundlæggende principper. Dette konstateres i artikel 12 EF, hvor det er anført, at »al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, [er] forbudt«, og det bekræftes af Domstolens praksis, som gentagne gange har afvist medlemsstaternes anvendelse af sådanne foranstaltninger. Det kan følgelig hævdes, at blandt alle de grunde til forskelsbehandling, som EU-retten forbyder, er den, der er baseret på nationalitet, særlig grov [99].

130. Det er derfor uundgåeligt at rejse spørgsmålet om, i hvilket omfang den retsregel, der følger af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, kan give anledning til undtagelser i forhold til resten af traktaten og navnlig i forhold til nogle af dens grundprincipper.

131. Som bekendt er forskelsbehandling på grundlag af nationalitet forbudt ved traktatens artikel 12 EF [100]. Som resultat af en samlet anvendelse af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF kan det principielt forekomme, at en stat med hensyn til fysiske personer lovligt vedtager en foranstaltning, som medfører forskelsbehandling af denne art. Alternativt kan det hævdes, at i en sådan situation skal artikel 18 EF finde anvendelse, som proklamerer fri bevægelighed for personer, hvis de økonomiske

98 — I sit forslag til afgørelse i Coleman-sagen (dom af 17.7.2008, sag C-303/06, Sml. I, s. 5603) påpegede generaladvokat Poiares Maduro, at »[d]en mest åbenbare måde, hvorpå en [sådan] persons værdighed og selvstændighed kan påvirkes, er, når denne gøres til syndebuk, fordi personen har et formodningskendetegn. Hvis nogen behandles mindre godt på sådanne grundlag som religiøs overbevisning, alder, handicap eller seksuel orientering, undergraves denne særlige og unikke værdi, som man har i kraft af at være menneske. Hvis man anerkender alle menneskers ligeværd, betyder det, at vi slet ikke bør have sådanne overvejelser, når vi pålægger nogen en byrde eller fratager dem et gode. Dette er med andre ord kendetegn, som ikke bør have nogen betydning i vurdering af, om det er rigtigt eller forkert at behandle nogen mindre fordelagtigt« (punkt 10).

99 — Et bevis på denne grovhed er Domstolens omfattende praksis, som mange gange har underkendt medlemsstaternes bestræbelser på at begrunde vedtagelsen af bestemmelser, der er udtryk for forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Jf. blandt mange andre dom af 20.10.1993, forenede sager C-92/92 og C-326/92, Phil Collins m.fl., Sml. I, s. 5145, præmis 33, af 2.10.1997, sag C-122/96, Saldanha og MTS, Sml. I, s. 5325, præmis 26 og 29, af 16.1.2003, sag C-388/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 721, præmis 19 og 20, af 5.6.2008, sag C-164/07, Wood, Sml. I, s. 4143, præmis 13, og af 16.12.2008, sag C-524/06, Huber, Sml. I, s. 9705, præmis 78 og 79.

100 — Jf. dom af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Feries, Sml. I, s. 1783, præmis 19, af 29.2.1996, sag C-193/94, Skanavi og Chryssanthakopoulos, Sml. I, s. 929, præmis 20, af 25.6.1997, sag C-131/96, Mora Romero, Sml. I, s. 3659, præmis 10, af 12.5.1998, sag C-336/96, Gilly, Sml. I, s. 2793, præmis 37, af 26.11.2002, sag C-100/01, Oteiza Olazábal, Sml. I, s. 10981, præmis 25, af 11.12.2003, sag C-289/02, AMOK, Sml. I, s. 15059, præmis 25, og af 29.4.2004, sag C-387/01, Weigel, Sml. I, s. 4981, præmis 57.

friheder ikke finder anvendelse. Denne forskrift finder som bekendt anvendelse »med de begrænsninger og på de betingelser, der er fastsat i denne traktat«; begrænsninger, som klart omfatter artikel 45, stk. 1, EF [101].

132. Det kan derfor hævdes, at ved at placere en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet under etableringsfrihedens negative anvendelsesområde er medlemsstaterne bemyndiget til fritagelse fra EU-retten, uden at nogen anden bestemmelse i traktaterne principielt giver mulighed for at anfægte foranstaltningen.

133. Dette resultat, som sætter artikel 12 EF i en underordnet situation i forhold til andre traktatbestemmelser, forekommer mig at kunne anfægtes. Den omstændighed, at artikel 12 EF er underlagt betingelser, indebærer ikke, snarere tværtimod, at der er tale om en subsidiær regel. Dens systematiske stilling i traktaten samt princippet om ikke-forskelsbehandlings relevans i EU-retten appellerer til en forståelse af forskriften snarere som en panoptisk regel end en subsidiær bestemmelse i den forstand, at den automatisk kan udelukkes i forhold til andre mere specifikke traktatbestemmelser. Desuden synes Domstolen på det seneste at have hældet mod denne fortolkning [102]. Den omstændighed, at en aktivitet vurderes i lyset af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF som omfattet af etableringsfrihedens negative anvendelsesområde indebærer ikke nødvendigvis i sig selv, at den er fritaget fra en systematisk fortolkning på grundlag af artikel 12 EF.

134. Denne fortolkning styrkes endnu mere, når det bemærkes, at i en sag som den foreliggende, hvor virksomhed som den notarielle synes forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed, kan andre traktatbestemmelser fortsat finde anvendelse på den. Det er navnlig tilfældet med artikel 86 EF, som kræver, at medlemsstaterne sørger for at overholde konkurrencereglerne i de sektorer, der er underlagt forpligtelse til offentlige serviceydelser [103]. Hvis Domstolen fastslår, at en virksomhed er

101 — Jf. M. Rossi: »Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV«, s. 208, A. Epiney: »The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship«, *European Law Journal*, 2007, s. 611 ff., S. Kadelbach: »Union Citizenship«, i A. von Bogdandy og J. Bast: *Principles of European Constitutional Law,* 2. udg., Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005, s. 461.

102 — Jf. dom af 11.1.2007, sag C-251/04, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 67, præmis 26, samt generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse i Neukirchinger-sagen, sag C-383/08, som verserer for Domstolen, fremsat den 7.9.2010, særligt punkt 60-69.

103 — Jf. P.V. van Vormizeele: »Art. 86«, i J. Schwarze: *EU-Kommentar*, J.L. Buendía Sierra: *Exclusive rights and state monopolies under EC Law,* Oxford University Press, Oxford, 1999, T. Prosser: *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services,* Oxford University Press, Oxford, 2005, og E. Szyszczak: *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU,* Hart Publishers, Oxford, 2007.

omfattet af artikel 45, stk. 1, EF, indebærer det ikke nødvendigvis, at den er immun over for konkurrencereglerne i artikel 81 EF og 82 EF [104]. Det samme gælder for retsgrundlaget for iværksættelsen af EU-politikkerne, som på ingen måde forhindrer institutionerne i at vedtage forordninger eller direktiver på områder, der set i frihedsrettighedernes perspektiv er blevet udelukket fra deres anvendelsesområde. Dette bekræftes af Domstolens praksis, som f.eks. har fastslået, at notarvirksomhed er momspligtig, fordi notaren er afgiftspligtig, for så vidt som han selvstændigt udøver en økonomisk virksomhed, »uanset formålet med eller resultatet af den pågældende virksomhed« [105]. I sagen Kommissionen mod Nederlandene fastslog Domstolen netop i sammenhæng med indirekte skatter, samtidig med at den konstaterede en notarvirksomheds offentlige karakter, at den nævnte virksomhed ikke udøves som offentligretligt organ, »da den ikke er integreret i det offentliges forvaltningsapparat, men i form af en selvstændig økonomisk virksomhed, som udøves inden for rammerne af et liberalt erhverv« [106].

135. At en virksomhed er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed, fritager ikke medlemsstaterne fra at overholde EU-retten. Denne forpligtelse, som i den foreliggende sag vedrører notarvirksomhed og således en personkreds bestående af fysiske personer, må der tages særligt hensyn til, når der udøves forskelsbehandling på grundlag af nationalitet. Da det på den ene side drejer sig om fysiske personer og på den anden side om forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, kræver den foreliggende sag nødvendigvis, at problemet også behandles på grundlag af unionsborgerskabet.

136. Siden 1992 har både traktaterne og Domstolens praksis bidraget til mellem individet og Unionen at skabe en direkte unionsborgerskabstilknytning, der er under fortsat udvikling [107]. Som bekendt opbygges denne tilknytning gennem hver enkelt medlemsstats nationalitet, hvilket ikke vil sige, at der er tale om et overlappende borgerskab, snarere tværtimod, idet det er en status, der dannes som følge af den nationale status, men som, når den først er dannet, giver rettigheder og pligter autonomt, uden at medlemsstaterne kan vedtage regler, som er i strid hermed. Denne autonomi har Domstolen for nylig stadfæstet i Rottmann-sagen, hvor den

104 — Jf. bl.a. dom af 21.9.1988, sag 267/86, Van Eycke, Sml. s. 4769, af 4.5.1988, sag 30/87, Bodson, Sml. s. 2479, af 19.3.1991, sag C-202/88, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 1223, af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, af 13.12.1991, sag C-18/88, GB-Inno-BM, Sml. I, s. 5941, af 30.3.2006, sag C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Sml. I, s. 2941, af 3.7.2003, forenede sager sag C-83/01 P, C-93/01 P og C-94/01 P, Chronopost m.fl. mod Ufex m.fl., Sml. I, s. 6993, og af 1.7.2008, sag C-49/07, MOTOE, Sml. I, s. 4863.

105 — Dom af 26.3.1987, sag 235/85, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. s. 1471. Citatet stammer fra artikel 4, stk. 1, i det såkaldte »sjette momsdirektiv«, Rådets direktiv 77/388/EØF af 17.5.1977 om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om omsætningsafgifter — Det fælles merværdiafgiftssystem: ensartet beregningssystem (EFT L 145, s. 1).

106 — Dommen i sagen Kommissionen mod Nederlandene, præmis 22.

107 — Jf. bl.a. S. O'Leary: *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Haag, 1996, s. 23-30.

fastslog, at medlemsstaterne ikke kan intervenere i tilknytningen mellem borgeren og Unionen og uberettiget fratage den førstnævnte den statslige nationalitet. Følgelig er en national foranstaltning, som kan »medføre fortabelse af den status, der tildeles ved artikel 17 EF, og af de dertil knyttede rettigheder, *efter sin natur* og sine konsekvenser omfattet af EU-retten« [108].

137. Unionsborgerskabet indebærer ikke alene en direkte tilknytning mellem borgeren og Unionen, men også en sfære af forbindelser mellem borgeren og alle medlemsstaterne. Dette aspekt af borgerskabet sikrer enhver national statsborger ret til fri bevægelighed på Unionens område samt ret til at bosætte sig i en hvilken som helst medlemsstat. Tilknytningen til Unionen har således en horisontal virkning i forhold til alle de nationale myndigheder, som skal afholde sig fra at vedtage foranstaltninger, som forhindrer eller gør den frie bevægelighed vanskeligere, herunder når den pågældende foranstaltning vedrører statsborgerne i den berørte stat [109]. Domstolen har styrket artikel 18 EF's rækkevidde, først ved at tillægge den direkte virkning [110] og dernæst ved at udvikle en relevant praksis, som har givet indhold til vandrende borgeres status, herunder i situationer, hvor det pågældende individ ikke udøver nogen økonomisk virksomhed [111], eller når foranstaltningen vedrører familiemedlemmer fra tredjestater [112].

138. En nationalitetsklausul, som vedrører fysiske personer, og som indføres under den påståede dække af etableringsfrihedens negative anvendelsesområde, skal først og fremmest kvalificeres som en foranstaltning, der indvirker på borgerskabsstatussen. Dette for så vidt som kriteriet for tildeling af unionsborgerskab, dvs. statens nationalitet, anvendes som årsag til at forhindre adgangen til virksomhed, der deltager i udøvelsen af offentlig myndighed, som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF. Traktaterne giver imidlertid kun under meget kvalificerede omstændigheder — hvilket, som anført nedenfor, ikke er tilfældet i denne sag — mulighed for, at det konstitutive grundlag for unionsborgerskabet fungerer som årsag til en undtagelse

108 — Dom af 2.3.2010, sag C-135/08, Sml. I, s. 1449, præmis 42 (min fremhævelse).

109 — Jf. f.eks. dom af 2.10.2003, sag C-148/02, Garcia Avello, Sml. I, s. 11613, og af 14.10.2008, sag C-353/06, Grunkin og Paul, Sml. I, s. 7639, samt Rottmann-dommen.

110 — Dom af 17.9.2002, sag C-413/99, Baumbast og R, Sml. I, s. 7091.

111 — Dom af 20.9.2001, sag C-184/99, Grzelczyk, Sml. I, s. 6193, af 11.7.2002, sag C-60/00, Carpenter, Sml. I, s. 6279, af 15.3.2005, sag C-209/03, Bidar, Sml. I, s. 2119, af 26.10.2006, sag C-192/05, Tas-Hagen og Tas, Sml. I, s. 10451, af 23.10.2007, forenede sager C-11/06 og C-12/06, Morgan og Bucher, Sml. I, s. 9161, og senest domme af 23.2.2010, sag C-480/08, Teixeira, Sml. I, s. 1107, og sag C-310/08, Ibrahim, Sml. I, s. 1065.

112 — Jf. f.eks. Carpenter-dommen og dom af 19.10.2004, sag C-200/02, Zhu og Chen, Sml. I, s. 9925.

fra en beføjelse, der er intimt forbundet med unionsborgerskabet. Med sin tværnationale dimension bygger unionsborgerskabet på et fællesskab af stater og individer, som deler en række værdier, en høj grad af gensidig tillid og et løfte om solidaritet. Når individet ved at få tildelt en medlemsstats nationalitet indføres i det nævnte fællesskab af værdier, tillid og solidaritet er det paradoksalt, at det netop er tilhørsforholdet hertil, som fratager unionsborgeren muligheden for at udøve de rettigheder og friheder, som traktaten garanterer.

139. På baggrund af det ovenstående er forskelsbehandling på grundlag af nationalitet en foranstaltning, som efter sin natur udgør en alvorlig påvirkning af unionsborgerens sfære, som kun efter en nøje proportionalitetsundersøgelse, hvilket indebærer tilstedeværelsen af meget gode grunde af almen interesse, kan være acceptabel set i artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF's perspektiv.

c) Proportionalitetsprincippets virkninger

140. Som anført tidligere, er det i forbindelse med anvendelsen af en proportionalitetskontrol på den retsregel, der følger af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, nødvendigt at tage hensyn til graden af den pågældende virksomheds deltagelse i udøvelse af offentlig myndighed. I det foreliggende tilfælde, og som det er anført i punkt 115-121 i dette forslag til afgørelse, deltager notarvirksomheden i udøvelsen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF, men som det fremgår af dens udformning som økonomisk virksomhed, gør den det med en mindre grad af intensitet end andre aktiviteter, der indebærer direkte udøvelse af offentlige beføjelser. Medlemsstaterne er således beføjet til at vedtage foranstaltninger, som de anser for hensigtsmæssige, og som ligger uden for de nævnte friheder, men de skal stå i et rimeligt forhold til de forfulgte mål. På grundlag af staternes argumenter, og selv om notarerhvervet er omgivet af garantier og særlige forhold, som viser dets relevans inden for privatretlige forhold, står det også fast, at ingen af de nævnte særtræk begrunder, at dets medlemmers status indebærer en så restriktiv og drastisk foranstaltning som direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

141. De sagsøgte stater har herved særskilt påberåbt sig relevansen af den ed, notarer aflægger inden deres indtræden i tjenesten. Ifølge staterne udtrykker denne ed den tætte tilknytning mellem notaren og den stat, som tildeler ham en offentlig beføjelse, en

tilknytning som udtrykker individets loyalitet over for et givet politisk fællesskab, og som i det foreliggende tilfælde kommer til udtryk i form af et krav om nationalitet. De sagsøgte stater har gentagne gange fremhævet denne tilknytnings betydning, og i Luxembourgs tilfælde sidestilles nationalitetsklausulen med henblik på adgang til notarerhvervet med beskyttelsen af Storhertugdømmets forfatningsmæssige identitet.

142. Begrebet loyalitet som manifestation af engagement og solidaritet med det politiske fællesskab kan imidlertid ikke anses for et distinktivt, eksklusivt og ekskluderende tegn for medlemsstaterne som sådanne, således som det uundgåeligt kræves af tilknytningen til nationaliteten. Den europæiske borger som sådan er derimod ikke fremmed for et loyalitetsengagement med Unionen. En forudsætning, hvorefter en statsborger fra en medlemsstat ikke kan udtrykke et legitimt loyalitetsengagement med en anden medlemsstat, før han har overtaget sidstnævntes nationalitet, indebærer en betydelig anfægtelse af såvel artikel 17 EF og 18 EF som de af traktaterne afledte politiske borgerskabsrettigheder samt af charteret om Den Europæiske Unions grundlæggende rettigheder.

143. De retlige samarbejdsinstrumenter i civil- og straffesager, der er vedtaget af Unionen, navnlig i forordning (EF) nr. 44/2001 [113], styrker den sidstnævnte opfattelse. Notaren udøver med sin mellemkomst virksomhed af offentlig karakter med virkninger, som automatisk anerkendes i alle EU-stater. Eksistensen af en høj grad af tillid samt det værdi- og principfællesskab, som Unionen bygger på, gør notaren til ikke alene en offentlig repræsentant for staten, men også for Unionen. Denne uddelegering af myndighed, som gælder inden for Unionens område, afspejler et mere komplekst loyalitetsengagement end det, der blot eksisterer mellem en statsborger og dennes stat. Notaren indgår således i en ramme, hvor loyaliteten omfatter såvel den stat, der uddelegerer myndighed, som Unionen, der overtager den, samt de øvrige medlemsstater.

144. På dette udviklingstrin i den europæiske integrationsproces, hvor unionsborgerne har beføjelse til at deltage i de demokratiske nationale beslutningsprocesser, der hvor de er bosat, som det er tilfældet med lokaldemokratiet og med hensyn til at fremme

113 — Rådets forordning af 22.12.2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT 2001 L 12, s. 1) — nærmere bestemt dens artikel 57.

lovgivningsinitiativer på europæisk plan, kan begrebet loyalitet ikke alene og nødvendigvis begrænses til den pågældende stats statsborgere. Når loyalitet forstås som et engagement i varetagelsen af rettigheder og pligter, som forener borgeren med medlemsstaten og med Unionen, er det efter min opfattelse ikke nødvendigt eller legitimt under denne sags omstændigheder at kræve en nationalitetstilknytning med medlemsstaten som udtryk for den nævnte ansvarlighed.

145. Særlig omtale fortjener under alle omstændigheder den funktion som »Gerichtskommissär«, som notarerne varetager navnlig i Østrig. Selv om notaren under udøvelse af disse funktioner kan vedtage individuelle og bindende beslutninger, står det også fast, at der er tale om en supplerende funktion, som i øvrigt i væsentlig grad begrænser sig til arveret. Som repræsentanten for den østrigske regering udtalte under retsmødet, handler en notar i funktionen som »Gerichtskommissär« i egenskab af liberal erhvervsdrivende og ikke som tjenestemand, hvilket i princippet angiver, at der er tale om en funktion, der er åben for konkurrence. På grundlag af de oplysninger, der er fremlagt i sagen, begrunder den omstændighed, at en østrigsk notar varetager kuratorfunktioner, heller ikke anvendelsen af den retsregel, der følger af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, på en direkte forskelsbehandling på grundlag af nationalitet.

5. Konklusion på den første søgsmålsgrund

146. Afslutningsvis bemærkes, at en foranstaltning, der indfører en nationalitetsklausul som den af Kommissionen anfægtede i disse sager, er uforholdsmæssig, for så vidt som den ikke er nødvendig for at nå de mål, som hver enkelt stat forfølger ved at skille notarvirksomhed ud fra etableringsfriheden. Til trods for at det drejer sig om virksomhed, som deltager i udøvelsen af offentlig myndighed og derfor er omfattet af etableringsfrihedens negative anvendelsesområde, er jeg følgelig af den opfattelse, at artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF ikke under notarerhvervets præcise omstændigheder tillader en statslig foranstaltning, hvorefter personer, som ønsker adgang til det nævnte erhverv, forskelsbehandles på grundlag af nationalitet. Jeg er på den baggrund ikke af den opfattelse, at notarvirksomhed, sådan som den fungerer i de sagsøgte stater, selv om den er omfattet af etableringsfrihedens negative anvendelsesområde i henhold til artikel 43 og artikel 45, stk. 1, EF, tillader en nationalitetsklausul som en del af notarens status, fordi dette ikke kræves af den grad af intensitet, med hvilken den nævnte virksomhed deltager i udøvelsen af offentlig myndighed, og derfor ville være uforholdsmæssigt. Den første søgsmålsgrund, der er baseret på tilsidesættelse af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, kan således tiltrædes.

B — *Den anden søgsmålsgrund*

147. Med undtagelse af Den Franske Republik har Kommissionen kritiseret de sagsøgte stater for at have tilsidesat direktiv 2005/36 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer, fordi de ikke har anvendt det på notarvirksomhed i deres interne gennemførelseslovgivning.

148. Som anført tidligere befinder notarerhvervet sig i etableringsfrihedens »negative anvendelsesområde« i henhold til fortolkningen af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF. Jeg har ligeledes på de foregående sider påpeget, at en løsning af denne type ikke nødvendigvis indebærer, at staterne ikke skal opfylde de af traktaterne afledte forpligtelser. Med hensyn til direktiv 2005/36 foreligger der imidlertid en rimelig usikkerhed med hensyn til dets anvendelighed på notarerhvervet.

149. I forbindelse et traktatbrudssøgsmål påhviler det Kommissionen at vise, at den sagsøgte stat har tilsidesat Unionens lovgivning. Som det fremgår af de foreliggende sager, har Kommissionen imidlertid begrænset sig til at påberåbe sig, at direktiv 2005/36 ikke er blevet gennemført inden for den fastsatte frist, mens medlemsstaterne ikke alene har påberåbt sig anvendelsen af artikel 45, stk. 1, EF, men også det nævnte dokuments udelukkelse af notarvirksomhed i 41. betragtning.

150. I 41. betragtning til direktiv 2005/36 hedder det, at »[d]ette direktiv berører ikke anvendelsen af traktatens artikel 39, stk. 4, og artikel 45 i forbindelse med erhvervet som notar«. Lovgiver synes, om end med hele denne udtalelses tvetydighed, implicit at lade forstå, at svaret på spørgsmålet om notarvirksomheds inddragelse under artikel 45, stk. 1, EF trækker svaret på spørgsmålet om anvendelse af direktivet på dette erhverv med sig. Af Kommissionens processtrategi synes det, idet Kommissionen begrænser sig til at argumentere set fra artikel 45, stk. 1, EF's perspektiv, at fremgå, at den deler vurderingen i 41. betragtning. På baggrund af det svar jeg har argumenteret for på det første spørgsmål, ville det have været nødvendigt, at Kommissionen havde fremlagt andre argumenter i forbindelse med udvidelse af direktivet til notarerhvervet. Dens eneste argument, baseret på en fortolkning af begrebet »offentlig myndighed« i artikel 45, stk. 1, EF, er faktisk deaktiveret. Under disse omstændigheder er det klart, at Kommissionen ikke har fremført noget

gyldigt argument, som giver mig mulighed for at bedømme den anden søgsmålsgrund.

151. Jeg er følgelig af den opfattelse, at den anden søgsmålsgrund er ugrundet, for så vidt som Kommissionen ikke har påvist, at medlemsstaterne har pligt til at opfylde forpligtelserne i direktiv 2005/36 vedrørende notarvirksomhed.

VI — Sagsomkostningerne

152. Artikel 69, stk. 3, i Domstolens procesreglement bestemmer, at »Domstolen kan fordele omkostningerne eller bestemme, at hver part skal bære sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter«. Da jeg har taget en af de to fremsatte søgsmålsgrunde til følge, anbefaler jeg Domstolen, med henblik på at foretage en rimelig fordeling af de byrder, som denne sag har indebåret for parterne, at Europa-Kommissionen, Kongeriget Belgien, Storhertugdømmet Luxembourg, Republikken Østrig, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Hellenske Republik bærer deres egne omkostninger.

153. Med hensyn til traktatbrudssøgsmålet mod Den Franske Republik bemærkes, at det i henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Den Franske Republik har tabt sagen hvad angår det eneste anbringende, som den har fremsat, bør det pålægges Den Franske Republik at betale sagens omkostninger, da Kommissionen har nedlagt påstand herom.

154. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, bærer Republikken Litauen, Rumænien, Republikken Bulgarien, Republikken Polen, Forbundsrepulibkken Tyskland, Republikken Slovenien, Repulikken Østrig, Den Tjekkiske Republik, Den Slovakiske Republik, Republikken Ungarn, Republikken Letland, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Den Franske Republik, der er indtrådt i sagerne, deres egne omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

155. Jeg vil på denne baggrund foreslå, at Domstolen træffer følgende afgørelser:

I sag C-47/08:

»1) Kongeriget Belgien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet det har vedtaget en foranstaltning som den i artikel 35, stk. 3, i lov af 25. Ventôse år XI, som ændret ved lov af 4. maj 1999, hvorved adgang til notarerhvervet begrænses til belgiske statsborgere.

2) I øvrigt frifindes Kongeriget Belgien.

3) Europa-Kommissionen og Kongeriget Belgien bærer deres egne omkostninger.

4) Republikken Litauen, Den Tjekkiske Republik, Den Slovakiske Republik, Republikken Ungarn, Republikken Letland, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Den Franske Republik, der er indtrådt i sagen, bærer deres egne omkostninger.«

I sag C-50/08:

»1) Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet den har vedtaget en foranstaltning som den i artikel 3

i dekret af 5. juli 1973, som ændret ved dekret 89-399 af 20. juni 1989, hvorved adgang til notarerhvervet begrænses til franske statsborgere.

2) Den Franske Republik betaler sagens omkostninger.

3) Republikken Litauen, Rumænien, Den Tjekkiske Republik, Den Slovakiske Republik, Republikken Ungarn, Republikken Letland, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Republikken Bulgarien, der er indtrådt i sagen, bærer deres egne omkostninger.«

I sag C-51/08:

»1) Storhertugdømmet Luxembourg har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet det har vedtaget en foranstaltning som den i artikel 15 i lov af 9. december 1976, hvorved adgang til notarerhvervet begrænses til luxembourgske statsborgere.

2) I øvrigt frifindes Storhertugdømmet Luxembourg.

3) Europa-Kommissionen og Storhertugdømmet Luxembourg bærer deres egne omkostninger.

4) Republikken Litauen, Den Tjekkiske Republik, Republikken Polen, Den Slovakiske Republik, Republikken Ungarn, Republikken Letland, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Den Franske Republik, der er indtrådt i sagen, bærer deres egne omkostninger.«

I sag C-53/08:

»1) Republikken Østrig har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet den har vedtaget en foranstaltning som den i § 6, stk. 1, litra a), i lov om notarvirksomhed, RGBl. nr. 75/1871, som ændret ved BGBl. nr. 164/2005, hvorved adgang til notarerhvervet begrænses til østrigske statsborgere.

2) I øvrigt frifindes Republikken Østrig.

3) Europa-Kommissionen og Republikken Østrig bærer deres egne omkostninger.

4) Republikken Slovenien, Republikken Litauen, Den Tjekkiske Republik, Republikken Polen, Republikken Ungarn, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, Den Slovakiske Republik, Republikken Letland, Forbundsrepulibkken Tyskland og Den Franske Republik, der er indtrådt i sagen, bærer deres egne omkostninger.«

I sag C-54/08:

»1) Forbundsrepublikken Tyskland har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet den har vedtaget en foranstaltning som den i § 5 i forbundsloven om notarialvæsenet, som ændret ved lov af 26. marts 2007, hvorved adgang til notarerhvervet begrænses til tyske statsborgere.

2) I øvrigt frifindes Forbundsrepublikken Tyskland.

3) Europa-Kommissionen og Forbundsrepublikken Tyskland bærer deres egne omkostninger.

4) Republikken Slovenien, Republikken Litauen, Den Tjekkiske Republik, Republikken Polen, Republikken Ungarn, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, Republikken Estland, Den Slovakiske Republik, Republikken Østrig, Republikken Letland, Republikken Bulgarien og Den Franske Republik, der er indtrådt i sagen, bærer deres egne omkostninger.«

I sag C-61/08:

»1) Den Hellenske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF, idet den har vedtaget en foranstaltning som den i artikel 19, stk. 1, i lov nr. 2830/2000, hvorved adgang til notarerhvervet begrænses til græske statsborgere.

2) I øvrigt frifindes Den Hellenske Republik.

3) Europa-Kommissionen og Den Hellenske Republik bærer deres egne omkostninger.

4) Republikken Litauen, Republikken Slovenien, Den Slovakiske Republik, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland, Den Tjekkiske Republik og Den Franske Republik, der er indtrådt i sagen, bærer deres egne omkostninger.«