FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT PEDRO CRUZ VILLALÓN
föredraget den 14 september 2010[1]

Innehållsförteckning

I – Inledning ..... I - 4110

II – Tillämpliga bestämmelser ..... I - 4111

A – Gemenskapsrätten ..... I - 4111

1. Primärrätten ..... I - 4111

2. Sekundärrätten ..... I - 4112

B – Den nationella rätten ..... I - 4113

1. Notarius publicus-ämbetet ..... I - 4113

a) Belgisk rätt ..... I - 4113

b) Fransk rätt ..... I - 4115

c) Luxemburgsk rätt ..... I - 4116

d) Österrikisk rätt ..... I - 4117

e) Tysk rätt ..... I - 4119

f) Grekisk rätt ..... I - 4120

g) Sammanfattning ..... I - 4121

1 — Originalspråk: spanska.

2. Den nationella bestämmelse som särskilt är föremål för talan: nationalitetskravet ..... I - 4122

a) Belgisk rätt ..... I - 4122

b) Fransk rätt ..... I - 4122

c) Luxemburgsk rätt ..... I - 4122

d) Österrikisk rätt ..... I - 4122

e) Tysk rätt ..... I - 4123

f) Grekisk rätt ..... I - 4123

III – Parternas yrkanden ..... I - 4123

IV – Huruvida talan kan tas upp till sakprövning ..... I - 4124

V – Prövning i sak ..... I - 4125

A – Den första grunden för talan om fördragsbrott ..... I - 4125

1. Tre inledande anmärkningar av allmän karaktär ..... I - 4126

a) Den regel som kommissionen har påstått att medlemsstaterna har åsidosatt: artiklarna 43 EG och 45.1 EG. ..... I - 4126

b) Svårigheten med att tolka artikel 45.1 EG ..... I - 4127

c) Införlivandet av proportionalitetsprincipen ..... I - 4128

2. Verksamhetens delaktighet i utövandet av offentlig makt ..... I - 4130

a) Domstolens praxis ..... I - 4130

b) Behovet av fördjupning i uttrycket offentlig makt ..... I - 4132

3. Huruvida notarius publicus-verksamheten, och närmare bestämt legaliseringen, utgör en del av etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde ..... I - 4136

a) Huruvida legaliseringen är notarius publicus centrala verksamhet i de aktuella medlemsstaterna ..... I - 4136

b) Huruvida legaliseringsverksamheten är hänförlig till utövandet av offentlig makt ..... I - 4138

4. Nationalitetskravet mot bakgrund av proportionalitetsprincipen ..... I - 4141

a) Ställningen som notarius publicus ..... I - 4141

b) Diskriminering på grund av nationalitet mot bakgrund av artiklarna 43 EG och 45.1 EG ..... I - 4142

c) Proportionalitetsbedömning ..... I - 4147

5. Slutsats beträffande den första grunden för talan om fördragsbrott ..... I - 4149

B – Den andra grunden för talan om fördragsbrott ..... I - 4150

VI – Rättegångskostnader ..... I - 4151

VII – Förslag till avgörande ..... I - 4152

I – Inledning

1. Europeiska kommissionen har genom att väcka talan om fördragsbrott yrkat att domstolen ska fastställa att Konungariket Belgien, Republiken Frankrike, Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Österrike, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG, genom att föreskriva ett krav på medborgarskap i respektive land för tillträde till yrket notarius publicus (nedan kallat nationalitetskravet). Dessutom har Europeiska kommissionen yrkat att nämnda medlemsstater, med undantag för Republiken Frankrike, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2005/36/EG om erkännande av yrkeskvalifikationer [2] genom att inte tillämpa det på yrket notarius publicus. [3]

2. Trots att kommissionens talan endast avser diskriminering på grund av nationalitet är den underliggande frågan betydligt mer invecklad. Talan i dessa mål är nämligen inriktad på att få domstolen att slå fast att notarius publicus-ämbetet enligt romersk rätt, med den profil som det har i ett avsevärt antal

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT L 255, s. 22), som upphäver direktiv 89/48/EEG av den 21 december 1988 (EGT L 19, 1998, s. 16; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 192).

3 — Detta är inte de enda fallen där kommissionen har väckt talan om fördragsbrott på denna grund. Domstolen ska också pröva den talan som har väckts mot Portugal (C-52/08) och Nederländerna (C-157/09).

medlemsstater, [4] omfattas av etableringsfriheten då det inte är förenat med utövandet av offentlig makt.

3. Sett från ett allmänt perspektiv innebär saken i målet att domstolen har att avgöra den kanske mest delikata tolkningsfråga avseende kombinationen av artiklarna 43 EG och 45.1 EG som någonsin har uppkommit. Fram till dagens datum, vilket kommer att framgå nedan, handlade de mål som domstolen har avgjort med tillämpning av dessa två bestämmelser tillsammans om yrkesgrupper med diffusa eller extremt punktuella kopplingar till den offentliga makten, vilket åtminstone inte *prima facie* kan sägas vara fallet i de förevarande målen.

4. Det betyder att de sex fall av talan om fördragsbrott som behandlas samtidigt i detta förslag till avgörande ger domstolen tillfälle att mer koncentrerat än tidigare undersöka omfattningen av den ytterst invecklade norm som blir resultatet när artikel 43 EG kombineras med artikel 45.1 EG. Till skillnad mot vad som tidigare har varit fallet ankommer det härvid på domstolen att i dessa mål söka efter en lämplig balans mellan syftena med unionens friheter, respekten för medlemsstaternas befogenheter och ställningen som unionsmedborgare. Domstolen ska när den väger dessa saker mot varandra beakta att de ovannämnda artiklarna kräver en särskild tolkningsansträngning varvid proportionalitetsprincipen är av avgörande betydelse.

5. Beskaffenheten av de faktorer som står på spel, liksom möjligheten att införa en proportionalitetskontroll i artiklarna 43 EG och 45.1 EG, visar tydligt hur viktig den aktuella frågan är inte bara för själva notarius publicus-verksamheten, utan också för unionsrätten i stort.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Gemenskapsrätten*

1. Primärrätten

6. Kommissionen har till stöd för sin talan åberopat artikel 43 EG jämförd med

4 — Det ska framhållas att även om den latinska typen av notarius publicus – vilken är den som är i fråga i de aktuella målen – alltjämt är den vanligaste i Europa, finns det inom Europeiska unionen också andra varianter på vilka det inte är aktuellt att tillämpa artikel 45.1 EG. Skälet därtill kan vara att notarius publicus är en fullt integrerad del av den offentliga förvaltningen eller att utövandet av notarius publicus-ämbetet inte har bestyrkande verkan i den mening som avses nedan. Skillnaderna i Europa har ökat under de senaste åren då nationalitetskravet har övergetts av några medlemsstater där det latinska notarius publicus-ämbetet finns kvar (Italien och Spanien).

artikel 45.1 EG (nu artiklarna 49 FEUF och 51 FEUF) som vid tiden för det påstådda fördragsbrottet föreskrev etableringsfrihet för fysiska och juridiska personer och hade följande lydelse:

”Artikel 43

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser skall inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud skall även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag. …

Artikel 45

Bestämmelserna i detta kapitel skall för den medlemsstat som är berörd inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

Rådet får med kvalificerad majoritet på förslag från kommissionen besluta att bestämmelserna i detta kapitel inte skall tillämpas på viss verksamhet.” [5]

2. Sekundärrätten

7. I direktiv 89/48/EEG föreskrivs en övergångsperiod som enligt artikel 12 löpte ut den 4 januari 1991.

8. Artikel 2 lyder på följande sätt:

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

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

5 — Det bör påpekas att även om samtliga parter i de aktuella målen om fördragsbrott utan närmare preciseringar hänför sig till artikel 45 EG så är den bestämmelse som åsyftas i samtliga fall den som utgörs av det första av artikelns två stycken. Det rör sig således om det stycke där tillämpningsområdet för etableringsfriheten definieras ”negativt” genom att det föreskrivs att den inte omfattar verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt. Det andra stycket har en helt annan innebörd. Det handlar om ett generellt antagande om att ekonomisk verksamhet som inte är förenad med utövandet av offentlig makt trots det ”kan” så att säga utestängas från etableringsfriheten med hjälp av sekundärrättsliga bestämmelser. Jag kommer att ha anledning att återkomma till detta längre fram.

9. Notarius publicus-yrket har inte reglerats genom något sådant instrument som avses i artikel 2.2.

10. Direktiv 89/48 upphävdes och blev föremål för kodifiering genom direktiv 2005/36/EG. I den nya versionen har det grundläggande innehållet i direktiv 89/48 behållits, men skäl 41 är nytt i förhållande till föregångaren och har följande lydelse, som uppenbarligen inte saknar relevans:

”Detta direktiv påverkar inte tillämpningen av artikel 39.4 och artikel 45 i fördraget, som bland annat rör notarius publicus.”

B – *Den nationella rätten*

1. Notarius publicus-ämbetet

11. Såväl kommissionen som medlemsstaterna har lämnat rikliga uppgifter om den faktiska och rättsliga bakgrunden och i detalj beskrivit notarius publicus-yrket i vart och ett av länderna. Med tanke på den stora mängden information, den omständigheten att förslaget till avgörande avser ett flertal mål och behovet av tydlig argumentation i prövningen i sak kommer nedan en sammanfattning att göras för varje medlemsstat såväl av de åberopade bestämmelserna som av de åligganden som i varje medlemsstat är knutna till notarius publicus-yrket. Särskilt tydligt framträder notarius publicus uppgift att bestyrka (legalisera) juridiska handlingar.

a) Belgisk rätt

12. Det belgiska notarius publicus-yrket regleras i lagen av den 25:e dagen i stormmånaden år XI (loi du 25 Ventôse an XI) liksom i olika bestämmelser som bland annat återfinns i den belgiska rättegångsbalken (Code judiciaire belge).

13. I den belgiska rättsordningen består notarius publicus uppdrag huvudsakligen i upprättandet av officiella handlingar som kännetecknas av två huvudsakliga särdrag: det fulländade bevisvärdet och verkställbarheten. [6]

14. Vid legaliseringen agerar notarius publicus på partens begäran och undersöker huruvida den handling som intygandet gäller är lagenlig. Notarius publicus ingripande kan vara obligatoriskt eller frivilligt beroende på den handling som ska göras offentlig. Notarius publicus kontrollerar att samtliga

6 — Artikel 19 i lagen av den 25:e dagen i stormmånaden år XI.

villkor som föreskrivs i lag för upprättandet av handlingen är uppfyllda, som till exempel att parterna har rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga. Notarius publicus informerar härvid parterna om deras rättigheter och skyldigheter och bistår samtidigt med opartiska råd. [7] Notarius publicus kan också direkt genomföra likvidering och uppbörd av avgifter för registrering och för upprättande av hypotek.

15. Samtliga legaliserade handlingar har ett fulländat bevisvärde som motsvarar bevisvärdet av en handling som har antagits av en statlig tjänsteman, som endast kan bestridas genom att talan väcks vid en domstol. Notarius publicus bedömning kan överklagas, men bara med hjälp av ett särskilt överklagandeförfarande. [8]

16. En legaliserad handling är verkställbar inom hela landet. [9] Den legaliserade handlingen kan således göras gällande mot gäldenären för att få till stånd ett verkställande (delgivning krävs). En viss tjänsteman som kallas *huissier* får verkställa en sådan handling direkt. Om gäldenären motsätter sig verkställandet kan denne vid domstol göra gällande en invändning mot verkställandet. [10]

17. Vid sidan av legaliseringsuppgifterna har den belgiska regeringen visat att notarius publicus också utför annan verksamhet, dock i obetydlig skala om man jämför med den ovannämnda legaliseringen. Notarius publicus utför nämligen vissa uppgifter i samband med försäljning av fast egendom och förfaranden avseende verkställighet, konkurs, förmyndarskap eller arv, bouppteckning, uppdelning av odelbar egendom liksom avseende upprättande och sammanslagning av associationer och andra associationsrättsliga handlingar.

18. Vid utförandet av sina uppgifter är notarius publicus en statlig tjänsteman som representerar den offentliga makten, trots att verksamheten betraktas som ett fritt yrke. [11] Vederbörande är oavsättlig och underkastad ett disciplinförfarande som är utmärkande för personer som arbetar för det offentligas räkning. [12] Arvodet är av icke kommersiell karaktär och fastställt i lag, samtidigt som kunden har en stor frihet vid valet av notarius publicus. Således konkurrerar de personer som arbetar som notarius publicus inte om kunderna med priser, utan med hjälp av tjänsternas kvalitet.

7 — Artikel 9 1 § tredje stycket i den ovannämnda lagen av den 25:e dagen i stormmånaden.

8 — Det förfarande som är tillämpligt med avseende på legaliserade handlingar – *inscription en faux* – regleras för tvistemål i artikel 895 i den belgiska rättegångsbalken.

9 — Artikel 19 i den ovannämnda lagen av den 25:e dagen i stormmånaden.

10 — Artiklarna 1395 och 1396 i den belgiska rättegångsbalken.

11 — Artikel 1 i den ovannämnda lagen av den 25:e dagen i stormmånaden.

12 — Artikel 108 i den ovannämnda lagen av den 25:e dagen i stormmånaden.

b) Fransk rätt

19. Det franska notarius publicus-yrket regleras i lagen av den 25:e dagen i stormmånaden år XI och i andra speciella bestämmelser som till stor del återfinns i civilprocesslagen (code de procédure civile).

20. Det franska notarius publicus-yrket kännetecknas också av legalisering av handlingar och avtal som parterna lämnar till notarius publicus, vars ingripande medför att handlingen eller avtalet får fulländat bevisvärde och kan verkställas. [13]

21. I Frankrike ingriper notarius publicus på partens begäran. Det finns dock ett antal handlingar som måste upprättas med hjälp av notarius publicus. [14] En korrekt legalisering av en handling innebär att notarius publicus kontrollerar transaktionens laglighet. Notarius publicus är bunden av ett antal formkrav som uppställs i lag, [15] bland annat måste handlingen vara avfattad på franska. [16] Notarius publicus är också skyldig att informera parterna om handlingens innebörd och verkan samt försäkra sig om att de fritt har lämnat sitt samtycke och besitter full rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga.

22. En officiell handling har ett kvalificerat bevisvärde. Motbevisning kan dock åberopas genom ett speciellt förfarande, men det är uteslutande *tribunal de grande instance* som är behörig att avgöra frågan. [17] Förfarandet inleds antingen genom ett yrkande under rättegång eller genom att en separat talan väcks, detta beroende på om innehållet i den officiella handlingen ifrågasätts inom ramen för ett redan befintligt mål. [18] Förfarandet kan utmynna i sanktioner, både för notarius publicus och för den part som har inlett det.

23. Den legaliserade handlingens verkställbarhet medför att vilken som helst av parterna kan framställa en begäran om att den ska verkställas med tvångsåtgärder direkt till den myndighet som har exklusiv behörighet på detta område och som kallas *huissier*. [19] Till skillnad från vad som är fallet med privaträttsliga handlingar krävs det för verkställandet av en legaliserad handling inte något ingripande av domstol, och det behövs heller inte något samtycke från gäldenären. Verkställighetsförfarandet är detsamma som

13 — Artikel 1 i förordning nr 45-2590 av den 2 november 1945 (ordonnance no 45-2590 du 2 novembre 1945), artikel 1319 i civillagen (code civil) och artikel 19 i den ovannämnda lagen av den 25:e dagen i stormmånaden.

14 — Bland annat avseende gåvor, äktenskapsförord, inteckning eller försäljning av en ännu ej existerande fastighet.

15 — Se den ovannämnda lagen av den 25:e dagen i stormmånaden samt speciella bestämmelser i bland annat artikel 850 i den allmänna skattelagen (code général des impôts).

16 — Artikel 1 i lag 94-665 av den 4 augusti 1994 samt förordningen från Villers-Cotterêts av 1539, som fortfarande är i kraft och har gett upphov till kravet på att använda franska i offentliga handlingar.

17 — Artikel 299 i civilprocesslagen.

18 — Artiklarna 306 och 314 i civilprocesslagen.

19 — Behörigheten att verkställa verkställbara handlingar och bevis är förbehållen dessa så kallade *huissiers* enligt artikel 18 i nämnda civilprocesslag.

det som är tillämpligt vid verkställande av domstolsavgöranden. [20]

24. Vid sidan av legaliseringsuppgifterna har den franska regeringen visat att notarius publicus också utför annan verksamhet, dock i obetydlig skala om man jämför med den ovannämnda legaliseringen. Notarius publicus utför nämligen vissa uppgifter i samband med uppbörd av avgifter, vilka logiskt sett är skilda från legaliseringen, kompletterar den och visar i vilken grad yrket ingår i den offentliga makten.

25. Notarius publicus är en statstjänsteman som har delegerats rätt att utöva offentlig makt och är underkastad speciella regler om förbud att inneha flera tjänster samtidigt trots att vederbörande utövar sin verksamhet som en fri yrkesutövare. [21] Notarius publicus roll ingår dock i domstolens förebyggande verksamhet som säkerställer stabilitet i de rättsliga och sociala relationerna. Arvodet till notarius publicus fastställs genom lag, men kunden kan välja mellan olika notarius publicus. Det rör sig således om en ekonomisk verksamhet som utförs inom ramen för ett behörighetssystem där det inte är priserna utan kvaliteten på tjänsterna som är avgörande för att skilja tillhandahållarna av tjänsterna åt.

c) Luxemburgsk rätt

26. Notarius publicus-yrket i Luxemburg är reglerat i lagen av den 9 december 1976 liksom i andra speciella bestämmelser, bland annat den nya civilprocesslagen (code de procédure civile), lagen av den 25 september 1905 och storhertigens förordning av den 7 oktober 2000.

27. I Luxemburg kännetecknas ämbetet notarius publicus också av att innehavarna av ämbetet är statliga tjänstemän som har i uppdrag att undersöka samtliga handlingar och avtal som lämnas in av olika parter för att sedan intyga deras äkthet. [22] Legaliseringen medför ett förstärkt bevisvärde och verkställbarhet. [23]

28. Notarius publicus agerar på partens begäran och kontrollerar att handlingen är lagenlig och att diverse formaliteter som är föreskrivna i lag har iakttagits. I vissa fall kan notarius publicus ingripande dock vara obligatoriskt. [24] Notarius publicus ska försäkra sig om att parterna agerar fritt och med full rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga. Det är också obligatoriskt att bistå parterna med opartiska råd samt att informera om de rättigheter och skyldigheter som följer av handlingen och av notarius publicus ingripande.

20 — Lag nr 91-650 av den 9 juli 1991.

21 — Att notarius publicus-verksamhet är av officiell beskaffenhet bekräftade franska Conseil d'État i sin dom av den 9 juni 2006 (nr 280911), där det slogs fast att artikel 45.1 EG var tillämplig på yrket. Denna slutsats nåddes dock utan något inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen.

22 — Artikel 1 i lag av den 9 december 1976.

23 — Artiklarna 37 och 45 i den ovannämnda lagen.

24 — Se, till exempel, lagen av den 25 september 1905 om inskrivning av rättigheter avseende fast egendom.

29. Legaliseringen äger rum som ett resultat av anbringandet av en stämpel med formuleringen om verkställande. [25] Handlingens bevisvärde är följaktligen särskilt starkt och gör att motbevisning endast medges i undantagsfall och med tillämpning av ett speciellt överklagandeförfarande. [26]

30. Den legaliserade handlingens verkställbarhet innebär att en borgenär direkt kan inleda verkställighetsförfarandet mot gäldenären utan att först behöva väcka fastställelsetalan vid domstol. Borgenären kan vända sig direkt till den myndighet som har exklusiv behörighet när det gäller utmätning, nämligen *huissier*. Villkoren för att under ett verkställighetsförfarande överklaga beslut från *huissier* är desamma som gäller när det är fråga om verkställande av ett domstolsavgörande.

31. Vid sidan av legaliseringsuppgifterna har den luxemburgska regeringen visat att notarius publicus också utför annan verksamhet, dock i obetydlig skala om man jämför med den ovannämnda legaliseringen. Notarius publicus utför nämligen vissa uppgifter i samband med försäljning av fast egendom och förfaranden avseende verkställighet, konkurs, förmyndarskap eller arv, boupptecknin samt uppdelning av odelbar egendom.

32. Ämbetet som notarius publicus innehas av statliga tjänstemän som utnämns av storhertigen på förslag av justitieministeriet. De utövar sina uppdrag i hela Luxemburg, där de också är skyldiga att vara bosatta. Trots att de utövar sin verksamhet som fria yrkesutövare är de underkastade speciella regler som bland annat innehåller ett strikt förbud mot att inneha flera tjänster samtidigt. [27] Arvodet till notarius publicus fastställs genom lag, men kunden kan välja mellan olika notarius publicus förutsatt att det finns fler än en notarius publicus inom den zon där ingripandet ska ske. Det föreligger således en fri konkurrens mellan personer som utövar verksamhet som notarius publicus även om de inte konkurrerar med hjälp av priser, utan med kvaliteten på tjänsterna.

d) Österrikisk rätt

33. Notarius publicus-verksamheten i Österrike regleras generellt sett i lagarna av den 25 juli 1871 och av den 11 november 1970 samt i olika bestämmelser i civilprocesslagen (Zivilprozessordnung).

34. I Österrike utgörs de personer som arbetar som notarius publicus av tjänstemän som har utnämnts på livstid av staten och vars uppdrag bland annat består i att legalisera handlingar som därmed ges speciell bevisverkan och blir verkställbara. [28]

25 — Storhertigens förordning av den 7 oktober 2000.

26 — Artikel 310 och följande artiklar i den nya civilprocesslagen.

27 — Artikel 6 i den ovannämnda lagen av den 9 december 1976.

28 — Artikel 292 i civilprocesslagen och tredje stycket i lagen av den 25 juli 1871, RGBl. 75/1871.

35. Såsom Republiken Österrike har medgett i sitt svaromål är legaliseringen en typisk uppgift som notarius publicus utför i nämnda land. Det rör sig om ett ingripande på partens begäran, även om det i vissa fall är obligatoriskt för att upprätta en handling och ge den full verkan. Notarius publicus genomför en kontroll av den ingivna handlingens lagenlighet och informerar parterna om deras rättigheter och skyldigheter och om följderna av notarius publicus kontroll samt fastställer att dessa besitter full rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga.

36. Efter att ha kontrollerat en handling kan notarius publicus företräda parterna och i vissa fall försvara dem vid domstolar och myndigheter. [29] Denna verksamhet bedrivs självständigt och i vinstsyfte.

37. De legaliserade handlingarna har ett särskilt bevisvärde, även om det är möjligt att anföra motbevisning under stränga villkor. [30]

38. Legaliseringen leder till att de legaliserade handlingarna utgör exekutionstitlar som kan ligga till grund för direkt verkställighet efter det att den berörda ingett en begäran till de offentliga organ som ansvarar för detta område, nämligen distriktsdomstolarna. [31] Det är inte nödvändigt att erhålla vare sig gäldenärens samtycke eller en fastställelsedom. Inom ramen för verkställighetsförfarandet finns det dock rättsmedel att tillgå, vilka regleras i specialprocesslagstiftningen. [32]

39. Vid sidan av legaliseringsuppgifterna har den österrikiska regeringen visat att notarius publicus också utför annan verksamhet. Sålunda kan notarius publicus agera i egenskap av Gerichtskommissär. Detta är ett i lag föreskrivet uppdrag som innebär att vederbörande ska bistå med hjälp och utföra viss kontroll vid handläggningen av vissa domstolsförfaranden, såsom exempelvis på successionsrättens område. I egenskap av Gerichtskommissär utövar notarius publicus makt och har bland annat befogenhet att utfärda förordnanden som är likställda med domstolsförordnanden.

40. Notarius publicus är en tjänsteman som utses av den federala justitieministern och är skyldig att utföra sina offentliga uppgifter. Vederbörande utövar dock sin verksamhet som fri yrkesutövare. De personer som arbetar som notarius publicus utför sina uppgifter självständigt och är underkastade speciella regler. Arvodet till notarius publicus fastställs genom lag, men kunden kan välja mellan

29 — Artikel 5 i den ovannämnda lagen.

30 — Artikel 292 i civilprocesslagen.

31 — *Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht.* Se punkt 17 och följande punkter i lagen av den 27 maj 1896, RGBl. 79/1896.

32 — Punkterna 35–37 i den ovannämnda lagen av den 27 maj 1896.

olika notarius publicus. Det föreligger således konkurrens mellan de personer som arbetar som notarius publicus, vilka inte konkurrerar med hjälp av priser, utan med kvaliteten på tjänsterna.

e) Tysk rätt

41. Den tyska notarius publicus-verksamheten regleras i lagen av den 24 februari 1961 samt i olika bestämmelser i civilprocesslagen (Zivilprozessordnung).

42. I Tyskland utgörs de personer som arbetar som notarius publicus av statliga oberoende tjänstemän som huvudsakligen har i uppgift att legalisera handlingar. [33] Ingripandet leder till att den legaliserade handlingen blir verkställbar och får ett speciellt bevisvärde. [34] Notarius publicus-uppdraget utgör en del av den så kallade ”preventiva rättskipningen”. [35]

43. Legaliseringen är den mest betydelsefulla och kännetecknande delen av notarius publicus verksamhet. Notarius publicus genomför därvid en laglighetskontroll av de privaträttsliga handlingar som parterna önskar komma överens om och försäkrar sig om att dessa har uttryckt sin vilja med full rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga. [36] Om de i lag föreskrivna villkoren är uppfyllda är notarius publicus skyldig att legalisera handlingen. [37] Samtidigt ska notarius publicus bistå med råd och informera parterna om deras rättigheter och skyldigheter och om vad det får för följder att handlingen blir en officiell handling. [38] Trots att notarius publicus agerar på partens begäran och inte ex officio föreskrivs det i den tyska lagstiftningen när det gäller ett stort antal handlingar att en notarius publicus behövs för att handlingarna ska kunna upprättas med full verkan. [39]

44. Äktheten hos en legaliserad handling är intygad och den har ett speciellt bevisvärde, även om den kan motbevisas under i lag föreskrivna villkor [40] beroende på vad intygandet gäller, det vill säga om det rör sig om yttranden från tredje man, notarius publicus egna yttranden eller faktiska händelser.

45. En legaliserad handling är verkställbar och det ankommer direkt på de verkställande myndigheterna att inleda verkställandet utan att samtycke från gäldenären behöver

33 — Artiklarna 1 och 20 första stycket i lagen av den 24 februari 1961, BGBl. I., s. 97.

34 — Artiklarna 415 och 794, första stycket, punkt 5, och artikel 797 andra stycket i civilprocesslagen.

35 — ”Vorsorgende Rechtspflege” på tyska enligt ovannämnda artikel 1 i lagen av den 24 februari 1961.

36 — Artikel 14 andra stycket i den ovannämnda lagen av den 24 februari 1961.

37 — Artikel 15 första stycket i den ovannämnda lagen av den 24 februari 1961.

38 — Artikel 14 första stycket punkt 2 i den ovannämnda lagen av den 24 februari 1961.

39 — Se, bland annat, fallen med utfästelse av gåva (artikel 518 BGB), äktenskapsförord (artikel 1408 BGB) eller arvsavstående (artikel 2346 BGB).

40 — Artikel 415 andra stycket i civilprocesslagen.

inhämtas, även om delgivning emellertid måste ske. Man utgår ifrån att gäldenären har underkastat sig verkställighet genom att godta handlingen och göra den till officiell handling. [41] Det är endast de myndigheter som utses genom lag som är behöriga att verkställa, och notarius publicus ingår inte bland dessa. [42] Det finns rättsmedel för att angripa beslut som har antagits under verkställandet och som har en koppling till innehållet i en legaliserad handling. [43]

46. Vid sidan av legaliseringsuppgifterna har den tyska regeringen visat att notarius publicus också utför annan verksamhet, dock i obetydlig skala om man jämför med den ovannämnda legaliseringen. Notarius publicus utför nämligen vissa uppgifter i samband med vidimering av handlingar, bemyndiganden och bevittnande av edsvurna redogörelser.

47. Den tyska notarius publicus är en tjänsteman som utses av en delstat (Land) och utför sina uppgifter i statens namn. [44] Även om verksamheten inte är av kommersiell art utövar notarius publicus sin verksamhet som fri yrkesutövare, förutom i fallet med Baden-Württemberg. [45] I övriga Länder utövar notarius publicus sitt yrke antingen med exklusiv behörighet eller genom att dela behörigheten med advokatkåren beroende på territoriet. De personer som arbetar som notarius publicus är underkastade särskilda regler som garanterar deras oberoende ställning, och arvodet fastställs i lag. [46] Kunden har dock en stor frihet att välja mellan olika notarius publicus inom ett visst geografiskt område. [47] Således föreligger det konkurrens mellan de personer som i egenskap av notarius publicus verkar inom ett visst område, även om de inte konkurrerar med hjälp av priser, utan med kvaliteten på tjänsterna.

f) Grekisk rätt

48. Det grekiska notarius publicus-yrket regleras huvudsakligen i lag 2830/2000.

49. I Grekland är notarius publicus en offentlig tjänsteman som huvudsakligen har i uppgift att legalisera handlingar och därmed ge dessa bevisvärde och göra dem verkställbara. [48]

41 — Artikel 794 första stycket punkt 5 i civilprocesslagen.

42 — Det finns flera behöriga myndigheter, bland annat delgivningsmannen (Gerichtsvollzieher), de domstolar som ska pröva ansöka om verkställighet (Vollstreckungsgericht), de allmänna domstolarna (Prozessgericht) och fastighetsregistret (Grundbuchamt).

43 — Artiklarna 732 och 797 tredje stycket i civilprocesslagen.

44 — Artikel 1 i den ovannämnda lagen av den 24 februari 1961.

45 — I detta fall är notarius publicus en tjänsteman som ingår i den offentliga förvaltningen.

46 — Artikel 17 i den ovannämnda lagen av den 24 februari 1961.

47 — Artiklarna 10a och 11 i den ovannämnda lagen av den 24 februari 1961.

48 — Artikel 1 första stycket i lag 2830/2000.

50. Notarius publicus har i uppgift att legalisera de handlingar som parterna frivilligt lämnar in, även om det kan vara obligatoriskt med ett ingripande från notarius publicus i vissa fall. [49] Notarius publicus bistår parterna med råd och informerar dem om deras rättigheter och skyldigheter och intar en helt oberoende ställning vid utförandet av tjänsterna.

51. De legaliserade handlingarna har ett speciellt bevisvärde och kan göras gällande mot alla. [50] Det är endast möjligt att ifrågasätta handlingens innehåll om särskilda skäl föreligger.

52. Eftersom en legaliserad handling är verkställbar går det att ansöka om ett tvångsmässigt verkställande direkt hos den behöriga myndigheten. Det är dock möjligt att genom ett yrkande inom ramen för en pågående rättegång angripa handlingar som ligger till grund för ett tvångsmässigt verkställande under vissa omständigheter. [51]

53. Vid sidan av legaliseringsuppgifterna har den grekiska regeringen visat att notarius publicus också utför annan verksamhet, dock i obetydlig skala om man jämför med den ovannämnda legaliseringen. Notarius publicus utför nämligen vissa uppgifter i samband med bland annat försäljning av fast egendom och förfaranden avseende verkställighet, konkurs, förmyndarskap eller arv, bouppteckning samt uppdelning av odelbar egendom.

54. Notarius publicus är en offentlig tjänsteman som tillhandahåller sina tjänster självständigt och erhåller sitt arvode direkt från kunden. Även om priset på tjänsterna fastställs i lag har kunden en viss möjlighet att välja mellan olika notarius publicus. Det föreligger således konkurrens mellan de personer som arbetar som notarius publicus, men inte när det gäller priserna, utan vad gäller kvaliteten på tjänsterna.

55. Det föreligger således konkurrens mellan de personer som arbetar som notarius publicus, vilka inte konkurrerar med hjälp av priser utan med kvaliteten på tjänsterna.

g) Sammanfattning

56. Av allt som har anförts ovan förefaller det rimligt att dra slutsatsen att de sex medlemsstater mot vilka talan har väckts har omhuldat och utvecklat ett gemensamt notarius publicus-ämbete, framför allt vad gäller legaliseringen och följderna av detta, det vill säga bevisvärdet och verkställbarheten. I var och en av de medlemsstater mot vilka talan har väckts existerar en speciell och hybrid notarius publicus-roll, halvvägs mellan den offentliga makten och den fria yrkesutövningen. Denna notarius publicus har rättigheter och skyldigheter som innebär att notarius publicus bedriver en ekonomisk verksamhet *sui generis*. Det är dessa grundläggande likheter som gör det möjligt att lämna ett gemensamt svar i de aktuella målen om fördragsbrott.

49 — Det är till exempel fallet vid upprättande av bolag, gåvor mellan levande personer eller överlåtelse av fast egendom.

50 — Artikel 438 i ovannämnda lag 2830/2000.

51 — Artikel 933 och följande artiklar i ovannämnda lag 2830/2000.

2. Den nationella bestämmelse som särskilt är föremål för talan: nationalitetskravet

57. Efter ovan lämnad redogörelse för de grundläggande tillämpliga bestämmelserna beträffande notarius publicus-yrket är det nu lämpligt att ange de bestämmelser som kommissionen har angripit i de aktuella målen och som syftar till att förbehålla statens egna medborgare tillträde till notarius publicus-yrket.

a) Belgisk rätt

58. I artikel 35 tredje stycket i lagen av den 25:e dagen i stormmånaden år XI, i dess lydelse enligt lag av den 4 maj 1999, föreskrivs ett nationalitetskrav för tillträde till notarius publicus-yrket i Belgien. Det har följande lydelse:

”För att kunna utnämnas till notarius publicus-kandidat ska den sökande 1) vara belgisk medborgare … ”

b) Fransk rätt

59. Artikel 3 i dekretet av den 5 juli 1973, i dess lydelse enligt dekret 89-399, av den 20 juni 1989, innehåller ett nationalitetskrav för tillträde till notarius publicus-yrket i Frankrike som lyder på följande sätt:

”Som notarius publicus kan endast den tjänstgöra som uppfyller följande krav: 1) innehav av franskt medborgarskap …”

c) Luxemburgsk rätt

60. Artikel 15 i lag av den 9 december 1976 om notarius publicus innehåller ett nationalitetskrav för tillträde till notarius publicus-yrket i Luxemburg. Det har avfattats på följande sätt:

”För att ges tillträde till notarius publicus-ämbetet är det nödvändigt att a) vara luxemburgare …”

d) Österrikisk rätt

61. Artikel 6.1 a i notarius publicus-förordningen RGBl nr 75/1871, i dess lydelse enligt RGBl nr 164/2005, innehåller ett nationalitetskrav för tillträde till notarius publicus-yrket i Österrike som har följande lydelse:

”För att kunna tjänstgöra som notarius publicus krävs att kandidaten a) har österrikiskt medborgarskap …”

e) Tysk rätt

62. Artikel 5 i den federala lagen om notarius publicus, i dess lydelse enligt artikel 3 i lag av den 26 mars 2007, innehåller ett nationalitetskrav för tillträde till notarius publicus-yrket i Tyskland. Det är formulerat på följande sätt:

”Uppdraget som notarius publicus kan endast utföras av personer som är tyska medborgare och som uppfyller de krav för tillträde till domarämbetet som föreskrivs i den federala lagen om domares ställning.”

f) Grekisk rätt

63. Artikel 19 första stycket i den ovannämnda lagen 2830/2000 innehåller ett nationalitetskrav för tillträde till notarius publicus-yrket i Grekland med följande lydelse:

”Till notarius publicus utses den som har grekiskt medborgarskap … ”

III – Parternas yrkanden

64. Kommissionen har, med stöd av Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, i de mål som här behandlas samtidigt yrkat att domstolen ska

— fastställa att Konungariket Belgien, Republiken Frankrike, Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Österrike, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG genom att förbehålla statens egna medborgare tillträde till notarius publicus-yrket,

— fastställa att Konungariket Belgien, Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Österrike, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Grekland har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2005/36 genom att inte tillämpa direktivet på notarius publicus-yrket, och

— förplikta Konungariket Belgien, Republiken Frankrike, Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Österrike, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Grekland att ersätta rättegångskostnaderna.

65. De svarande medlemsstaterna har, med stöd av Republiken Litauen, Rumänien, Republiken Bulgarien, Republiken Polen, Republiken Slovenien, Republiken Tjeckien, Republiken Slovakien, Republiken Ungern och Republiken Lettland, yrkat att domstolen ska

– ogilla talan eftersom någon överträdelse av artiklarna 43 EG och 45.1 EG inte har ägt rum, och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

– Dessutom har Förbundsrepubliken Tyskland dessförinnan anfört att talan ska avvisas, eftersom kommissionen i sitt ställningstagande före rättegången hänvisade till direktiv 89/48 men nu i ansökan har anfört att ett åsidosättande har skett av direktiv 2005/36, som ersätter det tidigare direktivet.

IV – Huruvida talan kan tas upp till sakprövning

66. I mål C-54/08 där Förbundsrepubliken Tyskland är svarande har denna part, med stöd av Slovenien och Lettland, anfört att talan inte kan tas upp till sakprövning på grund av de bestämmelser som kommissionen har åberopat. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland gjorde kommissionen innan den väckte talan om fördragsbrott gällande att den berörda medlemsstaten hade åsidosatt direktiv 89/48 men har nu under det pågående målet anfört att åsidosättandet avser direktiv 2005/36, som ersätter det tidigare direktivet.

67. Förbundsrepubliken Tysklands invändning kan inte godtas.

68. Enligt fast rättspraxis är ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet nödvändigt enligt fördraget inte bara som en garanti för skyddet av den berörda medlemsstatens rättigheter, utan också för att säkerställa att ett eventuellt domstolsförfarande får ett klart avgränsat tvisteföremål. Det är bara med utgångspunkt i ett korrekt genomfört administrativt förfarande som det kontradiktoriska förfarandet inför domstolen ger densamma möjlighet att avgöra om medlemsstaten faktiskt har underlåtit att uppfylla exakt de skyldigheter som kommissionen påstår att staten har åsidosatt. [52]

69. Det är dock så, som domstolen har upprepat vid flera tillfällen, att även om de yrkanden som ansökan innehåller således i princip inte kan utvidgas till att omfatta andra fördragsbrott än dem som gjorts gällande i det motiverade yttrandets slutsats och i den formella underrättelsen, har kommissionen inte desto mindre möjlighet att, ”när en ändring

52 — Dom av den 11 juli 1995 i mål C-266/94, kommissionen mot Spanien (REG 1995, s. I-1975), punkterna 17 och 18.

av gemenskapsrätten sker under det administrativa förfarandets gång, göra gällande att sådana skyldigheter som härrör från den ursprungliga versionen av ett direktiv - senare ändrat eller upphävt - och som kvarstår genom de nya bestämmelserna har åsidosatts”. [53]

70. Såsom kommissionen har framhållit framgår det vid en jämförelse av dessa bestämmelser att direktiv 2005/36 endast innebär en förstärkning och kodifiering av bestämmelserna i direktiv 89/48. Flertalet av medlemsstaternas skyldigheter enligt direktiv 89/48 föreligger således fortfarande i enlighet med direktiv 2005/36.

71. Härav följer att talan kan tas upp till sakprövning – och att Tysklands yrkande om avvisning ska ogillas – eftersom det rör sig om skyldigheter enligt direktiv 2005/36 som redan förelåg enligt direktiv 89/48.

53 — Se bland annat dom av den 9 november 1999 i mål C-365/97, kommissionen mot Italien (REG 1999, s. I-7773), punkt 36, och av den 5 juni 2003 i mål C-145/01, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-5581), punkt 17.

V – Prövning i sak

A – *Den första grunden för talan om fördragsbrott*

72. Kommissionen har med stöd av den första grunden yrkat att domstolen ska slå fast att de berörda medlemsstaterna har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG genom att uteslutande ge statens egna medborgare tillträde till notarius publicus-yrket.

73. De berörda medlemsstaterna har gjort gällande en annan tolkning av den regel som följer av de två bestämmelserna. Denna baserar sig särskilt på fastställandet av regelns tillämpningsområde, vilket uttrycks genom en negation i den andra av de två bestämmelserna. Det rör sig således om en annan tolkning av formuleringen ”verksamhet som …, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt”.

74. Mycket enkelt uttryckt uppfattar kommissionen nämligen artikel 45.1 EG i huvudsak som en bestämmelse som endast avser ”tvångsmedel”, medan medlemsstaterna har gjort gällande en mycket vidare tolkning som innebär att regeln omfattar samtliga former av beslut som har särskilda verkningar och uppvisar skillnader i förhållande till privaträttsliga handlingar.

1. Tre inledande anmärkningar av allmän karaktär

75. Först och främst är det på sin plats att göra tre allmänna anmärkningar. Den första handlar om hur den regel som följer av artiklarna 43 EG och 45.1 EG är uppbyggd. Den andra rör innebörden av, eller systematiken i, artikel 45.1 EG, och den tredje avser tillämpningen av proportionalitetsprincipen.

a) Den regel som kommissionen har påstått att medlemsstaterna har åsidosatt: artiklarna 43 EG och 45.1 EG.

76. Såsom har angetts ovan har kommissionen gjort gällande ett åsidosättande av den normkombination som följer av artiklarna 43 EG och 45.1 EG, av vilka det framgår vilket etableringsfrihetens tillämpningsområde är. Åsidosättandets särdrag, att det avser summan av två bestämmelser i fördraget, är värt en första kommentar från min sida.

77. Artiklarna 43 EG och 45.1 EG utgör en normativ enhet utifrån en regel (etableringsfriheten) och ett undantag (verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt), vilka sålunda anger tillämpningsområdet. Det är sambandet mellan dessa två regler som resulterar i den reglering som är avgörande för utgången i dessa mål. Vi har således inte att göra med en regel (artikel 43 EG) vars tillämpning endast är föremål för ett *undantag* (artikel 45.1 EG), utan det är fråga om en regel av ett annat slag, nämligen en regel som bestämmer tillämpningsområdet för etableringsfriheten vid utövandet av verksamhet som *inte* utgör en del av utövandet av offentlig makt. Detta är tillämpningsområdet för den konkreta frihet som garanteras genom fördraget. Det är så kommissionens påstående om åsidosättande av artiklarna 43 EG och 45.1 EG ska förstås.

78. Det är för övrigt detta som är den avgörande skillnaden mellan de två styckena i artikel 45 EG. Det första fastställer på ett direkt och fulländat (perfekt) sätt, även om det sker genom en negation, etableringsfrihetens tillämpningsområde genom att det där anges (”inte omfatta”) att verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt automatiskt ska uteslutas. Genom det andra stycket däremot införs helt enkelt en möjlighet att genom sekundärrätten uppställa ytterligare begränsningar för tillämpningsområdet för den frihet som stadfästs i fördraget genom artikel 43 EG jämförd med artikel 45 första stycket EG. Denna allmänna möjlighet att punktvis göra undantag från etableringsfrihetens område, även om den hittills aldrig har använts, är inte i fråga i förevarande mål om fördragsbrott. Kontrasten mot bestämmelsen

i det första stycket gör det dock lättare att förstå och förklara det första styckets innebörd och räckvidd.

79. Således ska det framhållas att det inte är så att artikel 43 EG innehåller en frihet, etableringsfriheten, från vilken det *därefter* görs undantag i artikel 45.1 EG. Med andra ord rör det sig inte om ett undantag från tillämpningen av en regel, utan om ett undantag som utgör en del av den regel som i fördraget fastställer etableringsfrihetens tillämpningsområde. Medlemsstaterna är således skyldiga att genomföra etableringsfriheten när det gäller ekonomisk verksamhet som inte, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt. Jag kommer fortsättningsvis att hänvisa till fastställandet i artikel 45.1 EG av tillämpningsområdet för artikel 43 EG som ”etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde”.

b) Svårigheten med att tolka artikel 45.1 EG

80. Den andra inledande anmärkningen av allmän karaktär är av materiellt slag. Det förefaller nämligen till att börja med uppenbart att bestämmelsen i artikel 45.1 EG om ekonomisk ”verksamhet” ”som är förenad med utövandet av offentlig makt” syftar på en *främmande kropp* i den moderna offentliga maktens fenomenologi. Uppdelningen mellan det offentliga och det privata, eller mellan staten och samhället om man så vill, som kännetecknar den moderna politiska världen, leder till att det i dag i princip inte finns kvar någon verksamhet som utgör en del av utövandet av offentlig makt och som befinner sig utanför de tre maktcentrum som tillsammans anses utgöra den offentliga makten. En privatiserad ekonomisk verksamhet (eller icke nationaliserad) som, trots detta, har karaktären av utövande av offentlig makt är någonting som således är relativt *oförutsett* i fördragets systematik. Det är dock detta som fortfarande föreskrivs i artikel 51 FEUF, före detta artikel 45 EG, alltsedan den första versionen av EEG-fördraget från år 1957. Samma bestämmelse återfinns för övrigt, och på nytt, i artiklarna 23 och 27 i Eftaavtalet.

81. Det förefaller naturligt att anta att det faktum att nämnda bestämmelse har förekommit konstant under hela utvecklingen av primärrätten måste ha ett visst syfte och vara ett uttryck för en underliggande tanke.[54] Den enda logiska förklaringen är att

54 — Se Tomuschat, Chr., ”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 och följande sidor.

medlemsstaterna, i egenskap av fördragens upphovsmän och kanske på grundval av sina egna rättskulturer och rättstraditioner, har uppmärksammat att det i deras respektive rättsordningar, åtminstone i ett stort antal av dem, finns vissa verksamheter som utgör en del av utövandet av den offentliga makten och som trots detta inte sköts av myndigheter, utan tvärtom antar formen av ekonomisk verksamhet eller verksamhet som drivs av ekonomiska aktörer. Argumentet att det inte går att komma på någon existerande verksamhet som förtjänar en sådan beteckning skulle ge upphov till vissa tvivel om huruvida denna tolkning håller.

82. En annan sak är att vi kan uppfatta artikel 45.1 EG som att den är utformad som ett bemyndigande till medlemsstaterna att genomföra en obegränsad och allmän privatisering av den politiska makten (en speciell *devolution*), vilket gör den till en ”ekonomisk verksamhet”. Detta torde inte vara fallet. Tvärtom bör artikel 45.1 EG snarare ses som en föreskrift med *ett förflutet* än som en föreskrift *med en framtid*. Den troligen mest riktiga tolkningen av artikel 45.1 EG är att syftet i fördraget har varit att lämna viss ekonomisk verksamhet utanför etableringsfriheten som undantagsvis fortfarande har en viss koppling till den statliga politiska makten. I fördraget ges medlemsstaterna naturligtvis full frihet att behålla eller upphöra med den här typen av ekonomisk verksamhet. I den mån medlemsstaterna behåller den föreskrivs det emellertid direkt i fördraget att sådan verksamhet ska uteslutas från etableringsfriheten. Här kan man i denna bemärkelse våga sig på en liknelse med en frivillig *stand still*-klausul.

c) Införlivandet av proportionalitetsprincipen

83. Under handläggningen av de aktuella målen har medlemsstaterna anfört att tilllämpningen av artiklarna 43 EG och 45.1 EG inte medger någon proportionalitetskontroll. Därigenom har svarandena och intervenienterna gjort gällande att när villkoren i artikel 45.1 EG är uppfyllda kan ingen avvägning ske som gör det möjligt att tillämpa bestämmelsen i en viss grad. Det är just så, med olika grader, som proportionalitetsprincipen fungerar när den tillämpas på ett undantag från friheterna, eftersom det är det verktyg som ska användas för att bestämma i vilken grad en frihet behöver begränsas för att legitima mål med hänsyn till allmän ordning,

säkerhet eller hälsa ska kunna uppnås. [55] De medlemsstater mot vilka talan har väckts i de aktuella målen har samtliga gjort gällande att artikel 45.1 EG inte möjliggör en kontroll i enlighet med proportionalitetsprincipen, utan att det rör sig om ett så att säga binärt fall. Antingen ska artikeln tillämpas eller så ska den inte tillämpas, men den lämnar inget utrymme för att göra någon avvägning mellan olika intressen.

84. Varje gång vår domstol har konfronterats med en fråga om tolkningen av artikel 45.1 EG har bedömningen nämligen begränsats till frågan huruvida verksamheten direkt och faktiskt utgjorde en del av utövandet av offentlig makt. Såsom jag kommer att gå närmare in på nedan är det dock nödvändigt att också påpeka att EU-domstolen hittills aldrig har sett sig nödd att gå längre än till en första fas vid tillämpningen av artikel 45.1 EG och alltid har kunnat nöja sig med att efter att först ha anlagt en begreppsmässig infallsvinkel slå fast att verksamheten i fråga inte är delaktig i utövandet av offentlig makt. Med andra ord har de mål där domstolen har haft att uttala sig om tolkningen av artikel 45.1 EG kunnat avgöras utan att det varit nödvändigt att gå in på detaljer i den begreppsmässiga uppbyggnaden av ”den offentliga makten”. [56] Om man däremot utgår från ett jakande svar måste domstolen fördjupa resonemanget. I så fall ska domstolen göra en tolkning som gör det möjligt att fastställa – med beaktande av i vilken grad verksamheten är delaktig i utövandet av offentlig makt – huruvida den ifrågasatta nationella åtgärden är nödvändig för att uppnå målsättningarna med artiklarna 43 EG och 45.1 EG.

85. Därför blir slutsatsen att artiklarna 43 EG och 45.1 EG medger en proportionalitetskontroll.

86. När det gäller de ovannämnda bestämmelserna ska, i förekommande fall, proportionalitetskontrollen genomföras genom en undersökning liknande den som domstolen har gjort i praxis, [57] varvid en avvägning görs mellan 1) åtgärdens styrka å ena sidan och 2) graden av den omstridda verksamhetens delaktighet i utövandet av offentlig makt. Ju mer direkt och omedelbar delaktigheten är, desto större är det urval av åtgärder som ryms inom artikel 45.1 EG. Ju mindre direkt den är desto mer begränsade ska de åtgärder som vidtas med hänvisning till nämnda delaktighet vara, både vad gäller kvantitet och styrka.

55 — Artikel 46.1 EG. Denna bestämmelse har tolkats av domstolen varvid den har gjort en proportionalitetskontroll i varje enskilt fall, vilket framgår av en riklig rättspraxis. Bland några av de senast avkunnade domarna, se dom av den 12 september 2006 i mål C-196/04, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (REG 2006, s. I-7995), punkt 61 och följande punkter, av den 3 oktober 2006 i mål C-452/04, Fidium Finanz (REG 2006, s. I-9521), punkt 46. Angående principen och dess roll vid överväganden avseende friheterna, se Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, andra upplagan, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193 och följande sidor, samt Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, s. 103 och följande sidor.

56 — Se bland annat Henssler, M. och Filian, M., ”Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG”, Europarecht, 2005, s. 192 och följande sidor.

57 — Se den rättspraxis som anges i fotnot 55.

2. Verksamhetens delaktighet i utövandet av offentlig makt

a) Domstolens praxis

87. Det första som blir tydligt vid en undersökning av den rättspraxis som finns beträffande artiklarna 43 EG och 45.1 EG är hur domstolen upprepade gånger har insisterat på nödvändigheten av att företa en strikt tolkning. Redan år 1974, i målet Reyners, [58] visade det sig att domstolens praxis skulle komma att begränsa bestämmelsen till ett mycket litet område. Ett bevis på denna inställning är den omständigheten att domstolen ännu efter mer än ett halvt sekel av praxis och runt femton avkunnade domar aldrig har slagit fast att en viss verksamhet är skyddad enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG.

88. För det andra har det i rättspraxis angetts att en ”verksamhet” inte är synonymt med ett ”yrke”. Det faktum att en verksamhet utgör en del av utövandet av offentlig makt medför således inte i sig att artiklarna 43 EG och 45.1 EG ska tillämpas på alla övriga verksamheter som yrkesutövaren utövar. Detta resonemang har föranlett domstolen att bekräfta att det endast är i fall där verksamheten med utövande av offentlig makt är oskiljbar från övriga verksamheter som räckvidden och tillämpligheten av artiklarna 43 EG och 45.1 EG kan inskränkas med avseende på ett helt yrke. Såsom domstolen slog fast i det ovannämnda målet Reyners kan en bedömning inte göras för yrket som helhet ”om, inom ramen för ett fritt yrke, den verksamhet som eventuellt är förenad med utövande av offentlig makt går att särskilja från den ifrågavarande förvärvsverksamheten i sin helhet”. [59]

89. För det tredje har domstolen i målet Reyners preciserat att artiklarna 43 EG och 45.1 EG endast är tillämpliga på ”sådan verksamhet som i sig själv är direkt och specifikt förenad med utövande av offentlig makt” [60] och att medlemsstaterna inte kan anta ensidiga bestämmelser i detta avseende som utökar eller begränsar tillämpligheten. [61]

90. Den fjärde och sista frågan som ska lyftas fram i rättspraxis är behovet av att analysera de särskilda uppgifter som är knutna till varje verksamhet i nära anslutning till bedömningen av de faktiska omständigheterna i det

58 — Dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309).

59 — Domen i det ovannämnda målet, punkt 47.

60 — Domen i det ovannämnda målet, punkt 45.

61 — Dom av den 15 mars 1988 i mål C-147/86, kommissionen mot Grekland (REG 1988, s. 1637; svensk specialutgåva, volym 9, s. 439), punkt 8.

enskilda fallet, vilket innebär att domstolen måste ta i tu med frågor om nationell rätt som inte alltid är enkla att besvara. Sedan avkunnandet av domen i målet Reyners står det klart att de omständigheter som ska föreligga för att artikel 45.1 EG ska vara tillämplig måste ”bedömas särskilt för varje enskild medlemsstat med hänsyn till de nationella bestämmelser som är tillämpliga på organisationen och utövandet av detta yrke”.[62] Detta har bidragit till att rättspraxis är kasuistisk, föga talande och i stor utsträckning begränsad till att avse särdragen för varje enskild verksamhet. Det har gått så långt att det för närvarande inte finns ett enda avgörande där domstolen har utvecklat innebörden av uttrycken ”direkt”, ”specifikt” och ”offentlig makt”.

91. När det gäller det praktiska resultatet av rättspraxis kan det konstateras, såsom jag redan har angett, att domstolen inte i någon av de domar som den hittills har avkunnat har kommit fram till att en verksamhet direkt och specifikt är delaktig i utövandet av offentlig makt.[63] Advokatyrket,[64] läraryrket eller drivandet av privata utbildningscenter,[65] driften av datasystem för offentlig förvaltning,[66] försäkringsinspektörer,[67] kontrollbesiktning,[68] vadslagning och lotterier,[69] privata bevakningsföretag,[70] den offentliga räddningstjänsten[71] och kontrollorgan för ekologiskt producerade jordbruksprodukter[72] – samtliga dessa verksamheter har blivit föremål för domstolens granskning och i samtliga fall har det konstaterats att det inte rör sig om verksamhet som är knuten till utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.1 EG.[73]

62 — Domen i det ovannämnda målet, punkt 49.

63 — Förbundsrepubliken Tyskland anser att domstolen i dom av den 5 oktober 1994 i mål C-55/93, Van Schaik (REG 1994, s. I-4837), kom fram till att en ekonomisk verksamhet utgjorde en del av utövandet av offentlig makt. Domstolen slog där fast, närmare bestämt i punkt 16, att en medlemsstats beviljande av tillstånd för bilverkstäder etablerade i andra medlemsstater innebär en utvidgning av befogenheter för utövande av offentlig makt utanför det nationella territoriet. Domstolen nådde slutsatsen att det var rätten att utfärda tillstånd, och inte den ekonomiska verksamhet som tillståndet avsåg, som var en del i utövandet av offentlig makt.

64 — Domen i det ovannämnda målet Reyners.

65 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Grekland.

66 — Dom av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 4035; svensk specialutgåva, volym 10, s. 269).

67 — Dom av den 13 juli 1993 i mål C-42/92, Thijssen (REG 1993, s. I-4047).

68 — Dom av den 22 oktober 2009 i mål C-438/08, kommissionen mot Portugal (REG 2009, s. I-10219), och domen i det ovannämnda målet Van Schaik.

69 — Dom av den 26 april 1994 i mål C-272/91, kommissionen mot Italien (REG 1994, s. I-1409).

70 — Dom av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-6717), av den 9 mars 2000 i mål C-355/98, kommissionen mot Belgien (REG 2000, s. I-1221), av den 31 maj 2001 i mål C-283/99, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-4363), och av den 13 december 2007 i mål C-465/05, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-11091).

71 — Dom av den 29 april 2010 i mål C-160/08, kommissionen mot Tyskland (REG 2010, s. I-3713).

72 — Dom av den 29 november 2007 i mål C-404/05, kommissionen mot Tyskland (REG 2007, s. I-10239), och i mål C-393/05, kommissionen mot Österrike (REG 2007, s. I-10195).

73 — Det betyder inte att domstolen har tigit vad gäller verksamheter som kan omfattas av artikel 45.1 EG. Se domen i det ovannämnda målet Van Schaik, eller även inom ramen för artikel 39.4 EG om den fria rörligheten för arbetstagare, där det såsom *obiter dictum* förekommer hänvisningar till verksamheter som hypotetiskt sett skulle kunna delta i utövandet av offentlig makt, som till exempel polisen och vissa ämbetsmän i domen av den 30 september 2003 i mål C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (REG 2003, s. I-10391).

b) Behovet av fördjupning i uttrycket offentlig makt

92. Såsom har anförts ovan innehåller rättspraxis få anvisningar för att utreda av vilken art och beskaffenhet den ”offentliga makt” är som åsyftas i den bestämmelse som här behandlas. Definieringen av vad som är offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.1 EG [74] måste utgå ifrån en viss *grundläggande förståelse* av den offentliga makten såsom ett allmänt begrepp i statsteorin, enligt vilken unionen begreppsmässigt måste ses som en gemenskap av stater. [75]

93. I denna mening ska ”offentlig makt” framför allt uppfattas som ”makt”. Det betyder kapacitet att påtvinga ett beteende i enlighet med en vilja som det inte går att göra motstånd mot. Enligt en allmänt vedertagen uppfattning av uttrycket, i dess vidaste mening, tillkommer denna kapacitet endast staten, det vill säga den institution som förkroppsligar rättsväsendet i form av ett verktyg för att förvalta och organisera det legitima våldet. [76] Offentlig makt är således den makt som tillkommer den suveräna härskaren, som inte erkänner någon högre makt i sitt eget rike (*qui superiorem non recognoscens in regno suo)*.

94. Det betyder att det legitima våldet i en stat endast kan härröra från den offentliga makten. Detta kan ske för att skydda antingen statens existens och eftersträvandet av dess mål (allmänintresse) eller vissa enskildas berättigade förväntningar på andra enskildas agerande (enskilt intresse). I det senare fallet måste alltid vissa uppställda villkor vara uppfyllda. [77]

95. Syftet med statens våldsmonopol utgör utan tvekan ett första kriterium som ska beaktas vid en gränsdragning mellan den offentliga makten och de enskilda. Den offentliga makten måste nämligen förverkliga vissa allmänna mål som utgör legitimitetsgrunden för den konkreta form av stat som den politiska makten har valt (typiskt sett är det i Europa fråga om en social och demokratisk rättsstat). De enskilda kan däremot, självständigt

74 — I de olika språkversionerna av denna bestämmelse används för övrigt utan åtskillnad två uttryck som i teorin kan ha olika nyanser, nämligen ”auktoritet” och ”offentlig makt”. Det talas till exempel om ”auktoritet” i den franska versionen (”l'exercice de l'autorité publique”), den engelska versionen (”the exercise of official authority”), den portugisiska versionen (”exercício da autoridade pública”), den rumänska versionen (”exercitării autorității publice”) och den maltesiska versionen (”l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika”), medan uttrycket ”offentlig makt” har valts i den spanska versionen (”ejercicio del poder público”), den tyska versionen (”Ausübung öffentlicher Gewalt”), den italienska versionen (”esercizio dei pubblici poteri”) och den svenska versionen (”utövandet av offentlig makt”).

75 — Även om det är unionsrätten som har det sista ordet när det gäller tolkningen av detta begrepp, utgår EU-domstolen, i egenskap av högsta uttolkare av unionsrätten, vid fastställandet av en definition alltid från de olika nationella synsätten vad gäller det aktuella begreppet. Se bland annat Schlag, M., ”Art. 45”, *EU-Kommentar* (Schwarze, J., Hrs.), 2. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2009.

76 — Se bland annat, i en omfattande bibliografi, Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Torino, 1962.

77 — Härvid har jag uppenbarligen inte beaktat det våld som en annan stat har monopol på, som existerar vid sidan av det förstnämnda våldsmonopolet på grundval av de områden för den suveräna makten som avgränsas enligt folkrätten.

agerande såsom individer, ägna sig åt att se efter sina privata intressen. Därvid kan de, i förekommande fall och enligt de uppställda villkoren, använda sig av den offentliga maktens våldsmonopol, vilken då i princip representerar ett verktyg för att tillgodose icke allmänna intressen.

96. Det av tradition mest använda kriteriet för att identifiera den offentliga makten är emellertid det som avser den offentliga maktens möjlighet att ensidigt påtvinga andra sin vilja, det vill säga utan att behöva något samtycke från den som har en viss skyldighet. Den enskilde måste däremot erhålla ett samtycke från en annan enskild för att kunna få denne att godta sin vilja.

97. Det är dock inte så enkelt när det handlar om en demokratisk stat, såsom är fallet i dessa mål. I det fallet är det i slutändan nämligen alltid nödvändigt att ett samtycke lämnas på något sätt. Dessutom ska påståendet att den offentliga maktens vilja görs gällande utan att ifrågasättas relativiseras. Sett från rättsstatens perspektiv, som sammanfaller med unionens perspektiv, kan den offentliga maktens agerande nämligen alltid bli föremål för granskning. I själva verket är den demokratiska statens suveräna makt sedd från detta perspektiv snarare *auctoritas* än rent *imperium*. [78] Det är fråga om en makt att styra som utövas i enlighet med undersåtarnas vilja och som säkerställs genom den ursprungliga legitimiteten för makten att styra snarare än genom rena hot om fysiskt tvång. [79]

98. Sett från detta perspektiv innebär det att begreppet i fråga inte är ett absolut begrepp, utan ett relativt sådant som således kan förekomma i olika grader. [80] Ju lättare det är att påtvinga ett visst beteende desto närmare den offentliga makten befinner man sig. Det reservationslösa och oemotsägliga tvånget är dock uteslutet.

99. Tillämpningen av ändamålskriteriet (allmänintresse eller enskilt intresse) eller kriteriet avseende tillvägagångssättet för att ålägga en skyldighet som säkerställs genom våld (unilateralt/bilateralt) leder således oundvikligen ut på ostadig mark. Här konfronteras vi

78 — I själva verket är det väl känt att suveräniteten är en egenskap som är knuten till staten och som inget av dess organ kan göra anspråk på eftersom dessa liksom staten endast har konstitutionen som grund: "Den enda stat som finns är den som föreskrivs i författningen", es gibt nur so viel Staat, wie die Verfassung konsituiert" (Häberle, P., Europäische Verfassungslehre, sjätte upplagan, Nomos, Baden-Baden, 2009, s. 187, som tar upp Smends, R. och Arndts, A. idé). Det har sagts att det inte finns någon suverän i en konstitutionell stat, eftersom suveräniteten är en egenskap som tillskrivs staten som helhet. Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburgo, 1975.

79 — Ursprunglig legitimitet tillsammans med den legitimitet som uppkommer genom utövandet av densamma i enlighet med processuell logik. Se, för ett resonemang i samma riktning, Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, Ed. Luchterhand, Neuwied/Berlin, 1969.

80 — Se, för ett liknande resonemang, till exempel ovannämnda artikel av Tomuschat, Chr., s. 69.

nämligen med begrepp som är osedvanligt oklara, eftersom de är beroende av relativa faktorer som således inte kan bli föremål för någon som helst objektivitet. Det rör sig således om kriterier som fungerar i odiskutabla fall av utövande av offentlig makt, såsom är fallet med de verksamheter som är närmast knutna till suveränens maktutövning (armé, polis, domstolsväsen, regering). Dessa kriterier räcker dock inte för att fastslå vilken beteckning som ska ges till de övriga offentliga verksamheter som är lösare kopplade till utövandet av tvångsmedel och ändå kvalitativt skiljer sig från privat verksamhet.

100. Vid en vidare utveckling av resonemanget bör hänsyn tas till den moderna statens beskaffenhet, betraktad som en form av maktordning som är mycket mer sofistikerad än vad som tidigare har varit fallet. Tidigare var det endast fråga om förvaltning av de fysiska tvångsmedlen med hjälp av kraftigt förenklade förfaranden för att definiera villkoren för våldsutövningen. Det är därför som det i dag, för att redogöra för fenomenet offentlig makt i hela dess komplexitet, är praktiskt taget oundvikligt att arbeta med ett offentlig makt-begrepp som är uppbyggt utifrån logiken i den rättsordning i vilken den offentliga makten utövas.

101. Enligt ett sådant synsätt utgör rättsordningen en process för att organisera utövandet av den legitima våldsanvändningen, som i förekommande fall kan leda till tillämpning av våld i ett konkret fall. Mot denna bakgrund bör det inte finnas något som talar emot att acceptera att de handlingar som rättsordningen utmynnar i (där processen med legitim våldsanvändning leder till en handling som avslutar denna process och gör att ett slutgiltigt stadium nås i processen) framstår som det mest fullkomliga uttrycket för rättsordningen. [81]

102. Enligt detta resonemang är det avgörande kriteriet för beteckningen av en handling såsom härrörande från den offentliga makten således av vilken beskaffenhet dess koppling till statens rättsordning är. En verksamhets beskaffenhet ska närmare bestämt ses som ett uttryck för en del av utövandet av offentlig makt beroende på dess integration (graden av *tillhörighet*) i rättsordningen. Kriteriet ska således inte bara vara huruvida verksamheten är förenlig med rättsordningen, utan huruvida den utgör en del av den. [82]

81 — Se, beträffande uppfattningen av rättsordningen som en rad tillämpningar som kan härledas tillbaka till en första positiv norm som är ett uttryck för den suveräna makten, bland annat Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, andra upplagan, Deuticke, Wien, 1960.

82 — Det är därför utredningen av huruvida en viss verksamhet är eller inte är en del av utövandet av offentlig makt inte kräver att en ansträngning görs för att hänföra den till ett av de tre maktcentrumen och/eller statliga funktionerna, det vill säga den lagstiftande, den verkställande och den dömande makten, framför allt den sistnämnda, vilket har framgått av de motstående argumenten i detta mål.

103. I denna mening kan rättsväsendet ses som det mest kännetecknande uttrycket för den offentliga makten. Det är domstolarna som slår fast vad som är gällande rätt, och i den meningen flyter rättsväsendet samman med domstolsavgörandena. [83] Men av samma anledning kan vi också säga att ett organ utövar offentlig makt när dess handlingar kan uppfylla detta villkor utan att det föreligger behov av *iurisdictio*. Till att börja med är lagen verkställbar i sig, liksom också är fallet med bestämmelser från administrativa organ och rättsvårdande myndigheter. Det rör sig i samtliga fall om handlingar och bestämmelser som kan bli föremål för domstolsprövning, men det är inte i något fall nödvändigt med någon *auktorisering* för att verkningar omedelbart ska uppstå.

104. Mot denna bakgrund står det klart att ingen enskild kan framställa rättsliga handlingar som kan påtvingas tredje man, förutom om det sker med hjälp av den offentliga maktens ingripande. Eftersom det är uteslutet för enskilda att använda sig av våld krävs det alltid en officiell auktorisering för verkställandet av en individuell rättighet. Den offentliga makten inskränker sig i sådana fall inte till att *granska* en handling som i sig kan ge upphov till en bindande effekt för tredje man, exempelvis handlingar från förvaltningen, regeringen eller den lagstiftande makten. Tvärtom ingriper den offentliga makten i sådana fall alltid genom att *skapa* den skyldighet som en enskild gör gällande gentemot tredje man. Det rör sig om skyldigheter som kan ha uppstått genom att olika viljor har sammanfallit (avtal/dispositionsprincipen), men den enskilde kan inte göra något för att se till att skyldigheterna uppfylls utan det offentligas ingripande.

105. Således blir slutsatsen av det ovan anförda att, med det mått av abstraktion som krävs, man bland de drag som kännetecknar den offentliga makten enligt de olika nationella traditionerna kan urskilja behörigheten att tillskriva statens vilja – såsom den har formaliserats genom rättssystemet – en handling, en bestämmelse eller ett agerande. Det är nämligen det som är den minsta gemensamma nämnaren för samtliga dessa traditioner. Möjligheten att fastslå att en konkret vilja motsvarar statens allmänna vilja är enligt dessa traditioner det avgörande kriteriet för gränsdragningen mellan det offentliga och det privata.

106. Det ovan anförda torde göra det möjligt att besvara den centrala frågeställningen om notarius publicus-verksamheten med en något större säkerhet.

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

3. Huruvida notarius publicus-verksamheten, och närmare bestämt legaliseringen, utgör en del av etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde

107. Det är först och främst på sin plats med ett påpekande. Det är inte bara så att frågan huruvida notarius publicus-verksamheten ingår i det som vi kallar etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde inte har besvarats i domstolens praxis – vilket knappast behöver påpekas vid det här laget – utan det har också pågått en intensiv och omfattande debatt om detta som har återspeglats både i de skriftliga yttrandena och i den förlängda förhandlingen den 27 april tidigare i år. Rättspraxis innehåller säkerligen en och annan passage som kan anses tala för ett jakande svar. [84] Men det kan på inget vis sägas att domstolen har haft tillfälle att behandla frågan med den grundlighet som erfordras.

108. Den omständigheten att debatten har varit intensiv och omfattande har synbarligen tydliggjort Europaparlamentets olika ställningstaganden från olika tidpunkter. [85] Samma sak kan sägas beträffande redan återgivna skäl 41 i direktiv 2005/36, oberoende av att det är mer eller mindre tvetydigt, som vi kommer att återkomma till senare. Det står i vilket fall som helst klart att ingen av dessa konstateranden kan ersätta domstolens bedömning eller befria den från sitt uppdrag att säga det sista ordet vad gäller tolkningen av fördragen.

a) Huruvida legaliseringen är notarius publicus centrala verksamhet i de aktuella medlemsstaterna

109. Låt oss börja med att erinra om att såväl medlemsstaterna som kommissionen medger att notarius publicus-verksamhetens kärna utgörs av legaliseringsbehörigheten och de verkningar som denna får: verkställbarheten och bevisvärdet. Vissa medlemsstater, såsom Belgien och Österrike, har lyft fram ytterligare uppgifter som åligger notarius publicus i dessa rättssystem och som återspeglar

84 — I det ovannämnda målet Colegio de Oficiales de la Marina Mercante slog domstolen fast, i ett fall som dock handlade om artikel 39.4 EG, att ”[e]nligt spansk rätt har kaptener och förste styrmän … rätt att utföra notarie- och civilståndsrelaterade uppgifter, vilka inte kan förklaras endast med att de är nödvändiga för att föra befäl över fartyget. Nämnda uppgifter innefattar således myndighetsutövning i syfte att skydda flaggstatens allmänna intressen” (punkt 42).

85 — Se Europaparlamentets resolutioner av den 18 januari 1994 och den 23 mars 2006, där det slås fast att notarius publicus-yrket direkt och faktiskt är en del av utövandet av offentlig makt. I resolutionen från år 2006 sägs det uttryckligen att parlamentet ”anser att artikel 45 i fördraget till fullo skall tillämpas på notarier enligt romersk rätt” med motiveringen att ”[d]essa notariers yrkesutövande innebär att statens myndighetsutövande delvis delegeras. Detta sker ständigt och utgör en stor del av en notaries arbetsuppgifter.”

offentlig makt. Samtliga, inklusive kommissionen, är dock överens om att det är legaliseringen och de därtill knutna verkningarna som utgör den kärnverksamhet som är kännetecknande för yrket och utan vilken yrket skulle förlora sitt syfte.

110. Det faktum att dessa sex fall av talan om fördragsbrott har kunnat förenas för att behandlas tillsammans i förevarande förslag till avgörande beror likaså väsentligen på att det är möjligt att tala om en ”notarius publicus-verksamhet” i ordalag som är tillämpliga på samtliga medlemsstater. Det går med andra ord att med avseende på de sex medlemsstaterna tala om en central ”legaliseringsverksamhet” med verkningar som till stor del är gemensamma för de respektive rättsordningarna. Det förekommer naturligtvis förändringar av denna situation inom ramen för staternas suveränitet, antingen därför att medlemsstaten övergår till att direkt utöva dessa funktioner med hjälp av sin egen förvaltning eller därför att de radikalt försvagar de följder som notarius publicus ingripande har för ”officiella” handlingar. Som exempel på det första fallet kan man nämna Portugal, innan landet inledde processen med att förändra notarius publicus-yrket, eller Baden-Württemberg. Portugal skulle, hypotetiskt sett, också kunna användas som exempel på det andra fallet, beroende på hur grundläggande den förändringsprocess som har genomförts under det senaste årtiondet är. [86] Kort sagt ska det problem som dessa mål handlar om lösas utifrån kvalificeringen av vissa yrkesmässiga verksamheter såsom de för närvarande är reglerade i de berörda medlemsstaterna. En förändring av denna reglering kan naturligtvis få konsekvenser för det svar som domstolen kommer att lämna.

111. Det ska också påpekas att det följer av domen i målet Reyners, vilket har visats redan tidigare, att det som jag kallar för etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde endast kan anses omfatta ett helt yrke när ”den verksamhet som eventuellt är förenad med utövande av offentlig makt [inte] går att särskilja från den ifrågavarande förvärvsverksamheten i sin helhet”. [87] Det går inte att göra annat än att ansluta sig till medlemsstaternas och kommissionens åsikt att legaliseringen liksom dess verkningar är en del som inte går att särskilja från notarius publicus-verksamheten i sin helhet. Om det bekräftas att denna verksamhet innebär direkt och specifik delaktighet i utövandet av offentlig makt,

86 — Beträffande det konkreta fallet med det portugisiska notarius publicus-yrket, se mitt förslag till avgörande i mål C-52/08, kommissionen mot Portugal (anhängigt vid domstolen), som kommer att läsas upp samma dag som det förevarande förslaget till avgörande.

87 — Se domen i det ovannämnda målet, punkt 47.

ska notarius publicus-verksamheten, uppfattad som en helhet, således anses omfattas av artikel 45.1 EG.

112. I de sex medlemsstater mot vilka talan har väckts består notarius publicus uppdrag huvudsakligen i upprättandet av officiella handlingar som har två viktiga särdrag: det fulländade bevisvärdet och verkställbarheten. [88] För att ge en beskrivning som med god marginal stämmer på samtliga dessa medlemsstater kan det, med en erinran om beskrivningen i inledningen av detta förslag till avgörande, konstateras att notarius publicus vid legaliseringen agerar på partens begäran och undersöker huruvida den handling som bestyrkandet gäller är lagenlig. Notarius publicus ingripande kan vara obligatoriskt eller frivilligt beroende på den handling som ska göras till officiell handling. Notarius publicus kontrollerar att samtliga villkor som föreskrivs i lag för upprättandet av handlingen är uppfyllda, som till exempel att parterna har rättskapacitet och rättslig handlingsförmåga. [89]

113. Legaliserade handlingar har ett fulländat bevisvärde som motsvarar bevisvärdet av en handling som har antagits av en statlig tjänsteman, en handling som endast kan bestridas genom att talan väcks vid en domstol. Det betyder att prövningen av notarius publicus bedömning kan överklagas, men bara med hjälp av ett särskilt överklagandeförfarande. [90]

114. En legaliserad handling är verkställbar inom hela landet. Det krävs sålunda inget samtycke från gäldenären för att den legaliserade handlingen ska verkställas (däremot krävs delgivning). En viss tjänsteman får verkställa en sådan handling direkt. Om gäldenären motsätter sig verkställandet kan denne vid domstol göra gällande en invändning mot verkställandet. [91]

b) Huruvida legaliseringsverksamheten är hänförlig till utövandet av offentlig makt

115. Svaret på den fråga som kort sagt är grundläggande i målen om fördragsbrott är praktiskt taget en naturlig följd av övervägandena ovan angående kriterierna för att definiera offentlig makt. Förutsatt att en av de omständigheter som är mest kännetecknande för den moderna staten är dess anknytning till rättsordningen kommer en viss verksamhets kapacitet att påverka utformningen av en rättsordning att vara av avgörande betydelse för besvarandet av frågan.

116. Låt mig påminna om några av dessa överväganden. Statens vilja tar sig sitt definitiva uttryck genom domstolsavgöranden.

88 — Se punkterna 13, 20, 27, 34, 42 och 49 ovan.

89 — Se punkterna 14, 21, 28, 35, 36, 43 och 50 ovan.

90 — Se punkterna 15, 22, 29, 37, 44 och 51 ovan.

91 — Se punkterna 16, 23, 30, 38, 45 och 52 ovan.

Dessa kan ha föregåtts av handlingar som är mer eller mindre omedelbart verkställbara beroende på från vilket subjekt de härrör. Vi har också sett att det är just graden av omedelbarhet avseende verkställbarheten som är det säkraste kriteriet för att identifiera den offentliga makten. Det går naturligtvis alltid att rättsligt invända mot varje anspråk på verkställighet, och i så fall är det på nytt en domstol som kommer att fatta det slutgiltiga beslutet. Denna pacificerande funktion som är utmärkande för domstolen kan nämligen utövas för att lösa en konkret tvist, framförd på grundval av motstående enskilda anspråk (typiskt sett civilrättsliga anspråk som en enskild framställer för att göra gällande sina rättigheter gentemot en annan enskild).

117. Det som är av särskilt intresse i vårt fall är att en viss nationell rättsordning också kan välja att så att säga *föregripa* konflikten (och således förhindra den). Så kan framför allt ske genom att beteckna vissa från enskilda härrörande handlingar och beslut – som i sig inte på något annat sätt skulle kunna ha ett större värde än privaträttsliga handlingar – som officiella (med juridiskt bevisvärde och inbyggd verkställbarhet). Genom detta ingripande från statens sida vad gäller enskildas handlingar skapar den offentliga makten trygghet och säkerhet kring enskildas transaktioner, vilket har en lugnande effekt på de rättsliga relationerna. Oberoende av detta står det klart att det aldrig är uteslutet med ett domstolsingripande om det trots detta uppstår en konflikt. [92] Denna pacificerande, föregripande funktion som är typisk för notarius publicus legaliseringsverksamhet har gett upphov till beteckningen av densamma som ”preventiv rättskipning”, vilket är något felaktigt men uppenbarligen mycket talande.

118. Med andra ord utövar notarius publicus, i det begreppsmässiga sammanhang som beskrivs i punkterna 92 och 105 ovan, genom legaliseringen direkt och specifikt en verksamhet av offentlig art, i den meningen att notarius publicus därigenom i förväg ger enskilda ett bemyndigande att utöva en rättighet som dessa annars skulle ha varit tvungna att skaffa sig från fall till fall. Notarius publicus ingripande gör att den enskilde inte behöver vända sig till en annan del av den offentliga makten för att göra gällande en realitet som har bestyrkts av notarius publicus. Notarius publicus ingripande gör således att den legaliserade handlingen får ett kvalificerat, officiellt juridiskt värde, som endast kan ifrågasättas vid domstol (vilket för övrigt gäller för alla handlingar härrörande från den offentliga makten). Det är således inte fråga om att det avgörande kännetecknet för den offentliga makten utgörs av någon slags immunitet mot domstolsprövning – vilket är en omöjlighet i en rättsstat – utan det handlar om en kvalificerad presumtion för att den offentliga maktens egna handlingar är lagenliga

92 — Angående den enskilde, se, I. de Otto, *Estudios sobre el Poder Judicial*, justitieministeriet, Madrid, 1989.

samt relativt högt ställda krav som måste vara uppfyllda för att få till stånd en prövning av dessa.

119. Det är uppenbart att notarius publicus varken utövar något tvång eller ålägger någon några skyldigheter unilateralt. Såsom har klargjorts ovan är det dock inte det som är det enda avgörande kriteriet för att definiera offentlig makt. Legaliseringen ger enskildas handlingar en officiell karaktär, i den meningen att de i förväg får ett juridiskt värde som de enskilda utan notarius publicus ingripande skulle ha varit tvungna att ansöka om från (en annan del av) den offentliga makten i syfte att göra dem rättsligt giltiga. Man skulle kunna säga att det rör sig om en offentlig makt som utövas på det område som befinner sig närmast den privata sfären, vilken i högsta grad kännetecknas av den fria viljan. Men den offentliga dimensionen är obestridlig om man ser till notarius publicus möjlighet att omvandla det rent privata till något officiellt och således förse det med den kraft som är inneboende i den offentliga makten. [93]

120. En annan sak är att notarius publicus-verksamheten, då den har en mindre stark koppling till utövandet av offentlig makt i dess striktaste mening (genom sin koppling till den suveräna makten), kan vara föremål för mindre strikta krav än dem som gäller för myndigheter som är mer involverade i den suveräna maktutövningen.

121. I den mån legaliseringen motsvarar denna funktion anser jag att det rör sig om en verksamhet som är direkt och specifikt delaktig i utövandet av offentlig makt, eftersom notarius publicus ser till att handlingar, bestämmelser och ageranden – som juridiskt sett annars inte skulle vara mer värda än en privat viljeyttring – ges en särskild status. Om domen i det ovannämnda målet Reyners tillämpas på denna slutsats måste det, med hänsyn till att legaliseringen utgör notarius publicus-yrkets kärna i samtliga de berörda medlemsstaterna, konstateras att notarius publicus-yrket i allmänhet och sett som helhet direkt och specifikt deltar i utövandet av offentlig makt.

122. Denna slutsats räcker dock inte som behandling av den första grunden i förevarande mål om fördragsbrott.

93 — Vissa symboliska särdrag som några medlemsstater har lyft fram kan bekräfta min teori. Som exempel kan nämnas det faktum att notarius publicus i vissa medlemsstater tilldelas och använder statens stämpel. En annan yttring av notarius publicus offentliga funktion är den formulering om verkställande som används i vissa fall, såsom till exempel i Frankrike där den har följande lydelse: ”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. Nationalitetskravet mot bakgrund av proportionalitetsprincipen

123. Fram till denna punkt har jag undersökt den funktionella aspekten av notarius publicus-yrket i medlemsstaterna. Kommissionen har dock i sin talan om fördragsbrott fokuserat på en konkret bestämmelse avseende notarius publicus ställning, nämligen nationalitetskravet. Nu är det dags att utreda huruvida den omständigheten att notarius publicus-yrket omfattas av ”etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde” oundvikligen medför att nämnda krav är motiverat. Det betyder, såsom har angetts ovan, att en proportionalitetskontroll behöver genomföras varvid diskriminering på grund av nationalitet å ena sidan ska vägas mot notarius publicus-verksamhetens närhet till den offentliga makten å andra sidan.

a) Ställningen som notarius publicus

124. Med rollen som notarius publicus följer onekligen en viss status, och denna status är en bekräftelse på kvalificeringen av notarius publicus-rollen. Notarius publicus är sålunda en statlig tjänsteman som företräder staten, trots att verksamheten betraktas som ett fritt yrke. Notarius publicus är oavsättlig och han eller hon är underkastad sådana disciplinära regler som gäller för personer som arbetar på den offentliga maktens vägnar. [94]

125. Notarius publicus offentligrättsliga förhållande till staten visar särskilt tydligt på anknytningen till den offentliga makten. Det handlar om en relation som uppstår i verksamhetens inledningsskede då den som önskar få tillträde till yrket nämligen måste genomgå prov liknande dem som ordnas för statliga tjänstemän och även måste avlägga en ed. Notarius publicus ställning är således ett uttryck för den institutionella karaktär som kännetecknar relationen mellan notarius publicus och staten och den ger vederbörande således möjlighet att formalisera statens vilja genom sina ingripanden med avseende på privaträttsliga handlingar.

126. De berörda medlemsstaterna har med stöd av nämnda relation i sina respektive rättsordningar infört ett krav på att den som önskar få tillträde till notarius publicus-yrket ska vara medborgare i landet. Detta krav – som utgör direkt diskriminering på grund av nationalitet och tydligt är en del av notarius publicus personliga ställning – strider enligt kommissionen mot artiklarna 43 EG och 45.1 EG och ska, vilket visas nedan, göras till föremål för en proportionalitetskontroll.

94 — Se punkterna 18, 25, 32, 40, 47 och 54 ovan.

b) Diskriminering på grund av nationalitet mot bakgrund av artiklarna 43 EG och 45.1 EG

127. Såsom framgår av punkterna 83 och 86 ovan ska man vid tillämpningen av artiklarna 43 EG och 45.1 EG inte bara bedöma huruvida en verksamhet är delaktig i utövandet av offentlig makt, utan det ska därefter också undersökas huruvida den statliga omtvistade åtgärden mot bakgrund av proportionalitetsprincipen kan motiveras med hänsyn till syftena med de båda bestämmelserna.

128. Det ska först och främst konstateras att det inte sägs något om diskriminering på grund av nationalitet i artikel 45.1 EG, trots den ”spontanare” läsning av bestämmelsen som har gjorts och trots att rättspraxis kanske kan peka på motsatsen. [95] Den koppling som traditionellt har gjorts mellan artikel 45.1 EG och kraven på nationalitet ska således bedömas med försiktighet. Den har nämligen uppstått till följd av de mål som avgjorts av domstolen och inte på grund av något *nödvändigt* samband dem emellan. [96] Det är viktigt att påpeka att samtidigt som artikel 45.1 EG inte har ändrats sedan bestämmelsen först upprättades, så har fördraget däremot genomgått förändringar och genomgripande sådana. Även om den första tolkningen av artikel 45.1 EG var knuten till nationalitet kan de senaste tjugo årens omarbetning av fördragen inte leda till den något förhastade slutsatsen att bestämmelsen nödvändigtvis betyder att medlemsstaterna har befogenhet att införa diskriminerande åtgärder på grund av nationalitet utan större varsamhet.

129. Det behöver knappast påpekas att direkt diskriminering på grund av nationalitet inte är en åtgärd vilken som helst som endast resulterar i att den fria rörligheten hindras. Tvärtom har den här formen av diskriminering en mycket speciell dimension för unionsrätten. Till att börja med utgör den nämligen den mest oförställda yttringen av nationell protektionism. [97] I en union som har utropat

95 — Se den rättspraxis som anges i fotnoterna 64–73.

96 — Ett bevis till styrkande av detta är att artikel 45.1 EG också, visserligen utan framgång, har åberopats för att motivera bestämmelser om bosättning eller permanent infrastruktur i en medlemsstat såsom var fallet i de ovannämnda målen kommissionen mot Tyskland och kommissionen mot Österrike.

97 — Se, för ett allmänt resonemang, Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Ed. Kluwer, Haag, 2003, och Rossi, M., ”Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV” *Europarecht*, 2000, s. 197 och följande sidor.

inrättandet av en marknad utan inre gränser utgör existensen av direkt diskriminering på grund av nationalitet en förnekelse av integrationsidén. Att det rör sig om ett undantag framgår ännu tydligare vid erinrandet om att unionen har införlivat de grundläggande rättigheterna – framför allt likabehandlingsprincipen – med unionsrätten enligt artiklarna 20 och 21 i stadgan om de grundläggande rättigheterna. [98] En union som grundar sig på rättsstatsprincipen och som garanterar att de grundläggande rättigheterna respekteras kan inte annat än ställa sig frågande inför en tolkning som resulterar i en form av diskriminering som redan i sig är allvarlig men dessutom strider mot de mest grundläggande beståndsdelarna av den inre marknaden. Detta bekräftas i artikel 12 EG, där det anges att ”all diskriminering på grund av nationalitet [ska] vara förbjuden”, och i domstolens praxis, där medlemsstaternas användning av sådana åtgärder vid upprepade tillfällen har underkänts. Härav följer att bland alla typer av diskriminering som förbjuds enligt unionsrätten så är diskriminering på grund av nationalitet särskilt allvarlig. [99]

130. Följaktligen är det oundvikligt att fundera på i vilken mån det går att göra avsteg från resten av fördraget med stöd av den regel som följer av artiklarna 43 EG och 45.1 EG och framför allt från vissa av dess grundprinciper.

131. Det är väl känt att diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden enligt artikel 12 EG. [100] Genom att tillämpa artiklarna 43 EG och 45.1 EG tillsammans skulle en medlemsstat dock i princip kunna ha rätt att vidta en åtgärd som medför denna typ av diskriminering mot en fysisk person. Det skulle alternativt kunna hävdas att artikel 18 EG blev tillämplig i ett sådant fall. Enligt den bestämmelsen råder fri rörlighet för personer när de ekonomiska friheterna inte är tillämpliga. Det är dock väl känt att bestämmelsens tilllämpning förutsätter att ”inte annat följer av

98 — I förslaget till avgörande i mål C-303/06, Coleman, där domstolen meddelade dom den 17 juli 2008 (REG 2008, s. I-5603), konstaterade generaladvokaten Maduro att ”[d]et mest uppenbara sättet på vilket en sådan persons värdighet och självbestämmanderätt kan påverkas är när den personen drabbas direkt på grund av en suspekt egenskap. Att behandla någon sämre på grund av skäl som har med religiös övertygelse, ålder, funktionshinder och sexuell läggning att göra undergräver det särskilda och unika värde som en person har genom att vara människa. Att erkänna varje människas lika värde innebär att vi inte skall göra överväganden av detta slag när vi lägger en börda på någon eller berövar någon en förmån. Med andra ord får dessa egenskaper inte ha någon betydelse för bedömningen, oavsett sammanhanget, av om det är rätt eller fel att behandla någon mindre fördelaktigt” (punkt 10).

99 — Ett bevis på att detta utgör en särskilt allvarlig typ av diskriminering är den omfångsrika praxis från domstolen i vilken medlemsstaternas försök att rättfärdiga antagandet av bestämmelser som diskriminerar på grund av nationalitet vid upprepade tillfällen har underkänts. Se, bland många andra, dom av den 20 oktober 1993 i de förenade målen C-92/92 och C-326/92, Phil Collins m.fl. (REG 1993, s. I-5145; svensk specialutgåva, volym 14, s. I-351), punkt 33, av den 2 oktober 1997 i mål C-122/96, Saldanha och MTS (REG 1997, s. I-5325), punkterna 26 och 29, av den 16 januari 2003 i mål C-388/01, kommissionen mot Italien (REG 2003, s. I-721), punkterna 19 och 20, av den 5 juni 2008 i mål C-164/07, Wood (REG 2008, s. I-4143), punkt 13, och av den 16 december 2008 i mål C-524/06, Huber (REG 2008, s. I-9705), punkterna 78 och 79.

100 — Se dom av den 17 maj 1994 i mål C-18/93, Corsica Ferries (REG 1994, s. I-1783; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-113), punkt 19, av den 29 februari 1996 i mål C-193/94, Skanavi och Chryssanthakopoulos (REG 1996, s. I-929), punkt 20, av den 25 juni 1997 i mål C-131/96, Mora Romero (REG 1997, s. I-3659), punkt 10, av den 12 maj 1998 i mål C-336/96, Gilly (REG 1998, s. I-2793), punkt 37, av den 26 november 2002 i mål C-100/01, Oteiza Olazábal (REG 2002, s. I-10981), punkt 25, av den 11 december 2003 i mål C-289/02, AMOK (REG 2003, s. I-5059), punkt 25, och av den 29 april 2004 i mål C-387/01, Weigel (REG 2004, s. I-4981), punkt 57.

de begränsningar och villkor som föreskrivs i fördragen", och dessa begränsningar inbegriper naturligtvis även artikel 45.1 EG. [101]

132. Det kan således konstateras att om medlemsstaterna finner att en viss diskriminering på grund av nationalitet faller inom etableringsrättens negativa tillämpningsområde är medlemsstaterna behöriga att göra avsteg från unionsrätten, och det går då i princip inte att ifrågasätta åtgärden med stöd av någon annan bestämmelse i fördragen.

133. Detta resonemang, som innebär att artikel 12 EG intar en underordnad ställning i förhållande till de andra bestämmelserna i fördraget, förefaller diskutabelt. Det faktum att det uppställs vissa villkor för tillämpningen av artikel 12 EG innebär inte att det rör sig om en kompletterande bestämmelse, snarare tvärtom. Placeringen i fördraget, samt icke-diskrimineringsprincipens betydelse för unionsrätten, gör det påkallat att tolka bestämmelsen mer som en panoptisk bestämmelse än som en andrahandsbestämmelse, i den meningen att den automatiskt får stå tillbaka för andra mer specifika bestämmelser i fördraget. Dessutom förefaller domstolen ha föredragit denna tolkning på den senaste tiden. [102] Bara den omständigheten att en verksamhet mot bakgrund av artiklarna 43 EG och 45.1 EG anses ingå i etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde betyder inte nödvändigtvis att den ska undantas från en systematisk tolkning mot bakgrund av artikel 12 EG.

134. Denna tolkning får ytterligare stöd av den omständigheten att, i ett fall som detta, andra bestämmelser i fördraget fortfarande är tillämpliga på en notarius publicus-verksamhet även om den förefaller vara kopplad till den offentliga makten. Så är framför allt fallet med artikel 86 EG, enligt vilken medlemsstaterna ska säkerställa att konkurrensreglerna efterlevs inom de sektorer där det föreligger vissa skyldigheter att tillhandahålla offentliga nyttigheter. [103] Om domstolen slår fast att en

101 — Se Rossi, M., ovannämnda "Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV", s. 208, Epiney, A., "The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship", *European Law Journal*, 2007. s. 611 och följande sidor, Kadelbach, S., "Union Citizenship", i von Bogdandy, A. och Bast, J., *Principles of European Constitutional Law,* första upplagan, Hart Publishers, Oxford-Portland, 2005, s. 461.

102 — Se dom av den 11 januari 2007 i mål C-251/04, kommissionen mot Grekland (REG 2007, s. I-67), punkt 26, och generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i mål C-382/08, Neukirchinger (anhängigt vid domstolen), som lästes upp den 7 september 2010, särskilt punkterna 60–69.

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

verksamhet omfattas av artikel 45.1 EG betyder inte detta nödvändigtvis att den är immun mot sådana konkurrensregler som dem som föreskrivs i artiklarna 81 EG och 82 EG. [104] Samma sak gäller för de rättsliga grunderna för genomförandet av unionens politik, vilka på intet sätt hindrar institutionerna från att anta förordningar och direktiv inom områden som sett från friheternas perspektiv har uteslutits från deras tillämpningsområde. Det bekräftas av domstolens praxis i vilken det exempelvis har slagits fast att notarius publicus-verksamheten är mervärdesskattepliktig då notarius publicus är skattskyldig i egenskap av en person som självständigt bedriver någon form av ekonomisk verksamhet ”oberoende av syfte eller resultat.” [105] I domen i målet kommissionen mot Nederländerna konstaterade domstolen när det gällde just direktbeskattning, samtidigt som den slog fast att notarius publicus-verksamheten var av offentlig art, att de personer som arbetar som notarius publicus inte har utövat verksamheten i egenskap av ett offentligrättsligt organ ”med hänsyn till att de inte ingår i organisationen för den offentliga förvaltningen – utan i stället utövar den såsom en oberoende ekonomisk verksamhet inom ramen för ett fritt yrke”. [106]

135. Kort sagt innebär den omständigheten att en verksamhet är kopplad till utövandet av offentlig makt inte att medlemsstaterna befrias från skyldigheten att följa unionsrätten. Denna skyldighet, som i det förevarande fallet påverkar notarius publicus-verksamheten och därmed en hel grupp fysiska personer, ska beaktas särskilt när det har uppkommit diskriminering på grund av nationalitet. Eftersom det rör sig dels om fysiska personer, dels om diskriminering på grund av nationalitet, krävs det att problemställningen i det förevarande fallet också angrips mot bakgrund av unionsmedborgarskapet.

136. Såväl fördragen som domstolens praxis har nämligen sedan år 1992 bidragit till att skapa en direkt medborgarskapslänk mellan individen och unionen som är under ständig utveckling. [107] Det är väl känt att denna länk baserar sig på medborgarskapet i respektive medlemsstat, vilket inte betyder att det rör sig om ett påklistrat medborgarskap, snarare tvärtom. Det är ett medborgarskap som erhålls som en konsekvens av det nationella medborgarskapet men som, när det väl har uppstått, framträder och ger rättigheter och skyldigheter på ett självständigt sätt, och medlemsstaterna kan inte anta bestämmelser som strider mot det. Domstolen har nyligen bekräftat denna självständiga ställning genom domen i målet Rottmann, där det fastslogs att

104 — Se, bland annat, dom av den 21 september 1988 i mål 267/86, Van Eycke (REG 1988, s. 4769; svensk specialutgåva, volym 9, s. 587), och av den 4 maj 1988 i mål 30/87, Bodson (REG 1988, s. 2479), av den 19 mars 1991 i mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen (REG 1991, s. I-1223; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-97), av den 23 april 1991 i mål C-41/90, Höfner och Elser (REG 1991, s. I-1979; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-135), av den 13 december 1991 i mål C-18/88, GB-Inno-BM (REG 1991, s. I-5941; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-519), av den 30 mars 2006 i mål C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (REG 2006, s. I-2941), av den 3 juli 2003 i de förenade målen C-83/01 P, C-93/01 P och C-94/01 P, Chronopost m.fl. mot Ufex m.fl. (REG 2003, s. I-6993), och dom av den 1 juli 2008 i mål C-49/07, MOTOE (REG 2008, s. I-4863).

105 — Dom av den 26 mars 1987 i mål 235/85, kommissionen mot Nederländerna (REG 1987, s. 1471). Citatet kommer från artikel 4.1 i det så kallade sjätte mervärdesskattedirektivet, rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund (EGT L 145, s. 1; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 28).

106 — Domen i det ovannämnda målet, punkt 22.

107 — Se, bland annat, O’Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Haag, 1996, sidorna 23–30.

medlemsstaterna inte kan blanda sig i förhållandet mellan medborgaren och unionen genom att obehörigen frånta en individ dennes nationella medborgarskap. Härav följer att en nationell åtgärd som ”kan leda till att han förlorar den ställning och de rättigheter som tillerkänns honom enligt artikel 17 EG” omfattas av unionsrätten *”med hänsyn till sin beskaffenhet”*. [108]

137. Dessutom ger det europeiska medborgarskapet inte endast upphov till en direkt länk mellan medborgaren och unionen, utan också till länkar mellan medborgaren och samtliga medlemsstater. Denna aspekt av medborgarskapet garanterar varje medborgare av en medlemsstat rätten till fri rörlighet inom unionen liksom rätten att uppehålla sig i vilken medlemsstat som helst. Länken till unionen har en horisontell effekt gentemot de nationella myndigheterna, vilka måste avstå från att vidta åtgärder som hindrar eller försvårar den fria rörligheten, även när åtgärden berör medborgarna i den egna staten. [109] Domstolen har i detta syfte förstärkt artikel 18 EG genom att börja med att ge den direkt effekt [110] och därefter utveckla en praxis som har gett ställningen som rörlig medborgare ett innehåll, även i situationer där individen i fråga inte utövar någon ekonomisk verksamhet [111] eller en åtgärd berör släktingar från tredjeländer. [112]

138. Ett nationalitetskrav som berör fysiska personer och som har införts med etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde som täckmantel ska framför allt ses som en åtgärd som påverkar ställningen som medborgare, i den meningen att man härvid använder sig av kriteriet för tillerkännande av det europeiska medborgarskapet, det vill säga medborgarskapet i en medlemsstat, för att hindra tillträdet till verksamhet som utgör en del av utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.1 EG. Fördragen kan dock endast under mycket särskilda omständigheter – som enligt vad som kommer att visas inte föreligger i detta fall – tillåta att grunden för det europeiska medborgarskapet används som en grund för att göra avsteg från en rättighet som är nära knuten

108 — Dom av den 2 mars 2010 i mål C-135/08, Rottmann (REU 2010, s. I-1449), punkt 42 (min kursivering).

109 — Se, till exempel, dom av den 2 oktober 2003 i mål C-148/02, Garcia Avello (REG 2003, s. I-11613), av den 14 oktober 2008 i mål C-353/06, Grunkin och Paul (REG 2008, s. I-7639), eller domen i det ovannämnda målet Rottmann.

110 — Dom av den 17 september 2002 i mål C-413/99, Baumbast och R (REG 2002, s. I-7091).

111 — Dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99, Grzelczyk (REG 2001, s. I-6193), av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), av den 15 mars 2005 i mål C-209/03, Bidar (REG 2005, s. I-2119), av den 26 oktober 2006 i mål C-192/05, Tas-Hagen och Tas (REG 2006, s. I-10451), av den 23 oktober 2007 i de förenade målen C-11/06 och C-12/06, Morgan och Bucher (REG 2007, s. I-9161), och nu senast av den 23 februari 2010 i mål C-480/08, Teixeira (REU 2010, s. I-1107), och i mål C-310/08, Ibrahim (REU 2010, s. I-1065).

112 — Se, till exempel, domen i det ovannämnda målet Carpenter och dom av den 19 oktober 2004 i mål C-200/02, Chen (REG 2004, s. I-9925).

till ställningen som unionsmedborgare. Det europeiska medborgarskapet baserar sig, med sin multinationella dimension, på en gemenskap av stater och individer som delar ett antal värderingar, ett starkt ömsesidigt förtroende samt ett solidaritetsåtagande. Då tillerkännandet av medborgarskap i en medlemsstat betyder att en individ blir en del av denna gemenskap av värderingar, förtroende och solidaritet, framstår det som en paradox att det är just tillhörigheten till denna gemenskap som hindrar unionsmedborgaren från att utöva de rättigheter och friheter som garanteras i fördraget.

139. Mot bakgrund av det ovan anförda kan det konstateras att diskriminering på grund av nationalitet är en åtgärd som, med hänsyn till sin beskaffenhet, utgör en allvarlig inblandning i det europeiska medborgarskapets sfär och som endast kan godtas med stöd av artiklarna 43 EG och 45.1 EG efter en strikt prövning av proportionaliteten, vilket kräver att det föreligger mycket starka skäl av allmänintresse.

c) Proportionalitetsbedömning

140. Det har ovan visats att genomförandet av en proportionalitetskontroll av den regel som följer av artiklarna 43 EG och 45.1 EG ska ske med beaktande av i vilken grad den berörda verksamheten är delaktig i utövandet av offentlig makt. I det förevarande fallet deltar notarius publicus-verksamheten, såsom har visats i punkterna 115–121 ovan, i utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.1 EG, men det sker – vilket framgår av dess utformning som ekonomisk verksamhet – i mindre grad än vad som gäller vissa andra verksamheter som kräver direkt maktutövning. Medlemsstaterna har således behörighet att vidta åtgärder som de anser vara lämpliga och som inte omfattas av de ovannämnda friheterna under förutsättning att de är proportionella i förhållande till de eftersträvade syftena och målen. Med avseende på medlemsstaternas argument kan det konstateras att även om notarius publicus-yrket otvivelaktigt är omgärdat av garantier och kännetecken som åskådliggör den betydelse som verksamheten har för privaträttsliga transaktioner, står det också klart att inga av nämnda särdrag motiverar att notarius publicus ställning används som grund för en så allvarlig och drastisk åtgärd som direkt diskriminering på grund av nationalitet.

141. De medlemsstater mot vilka talan har väckts har i detta avseende särskilt pekat på betydelsen av att notarius publicus avlägger en ed innan denne tillträder sin tjänst. Enligt medlemsstaterna är avläggandet av denna förklaring ett uttryck för den nära relation som finns mellan notarius publicus och den stat

som ger denne offentliga maktbefogenheter. Den här relationen tar sig enligt medlemsstaterna uttryck i individens lojalitet till en viss politisk gemenskap, som i det förevarande fallet intar formen av ett nationalitetskrav. De berörda medlemsstaterna har upprepade gånger framhållit hur viktig denna relation är, och i fallet med Luxemburg har nationalitetskravet för tillträde till yrket som notarius publicus kopplats samman med skyddet för storhertigdömets konstitutionella identitet.

142. Lojalitetsbegreppet, sett som ett uttryck för åtagandet gentemot och solidariteten med den politiska gemenskapen, kan dock inte betraktas som ett exklusivt och uteslutande kännetecken för medlemsstaterna som sådana innebärande att det är oumbärligt med ett nationalitetskrav. Den europeiska medborgaren som sådan är tvärtom inte oförmögen att göra ett lojalitetsåtagande gentemot unionen. Ett antagande enligt vilket en medborgare i en medlemsstat inte kan uttrycka ett legitimt lojalitetsåtagande gentemot en annan medlemsstat utan att först förvärva medborgarskap i den staten skulle innebära ett kraftigt ifrågasättande av både artiklarna 17 EG och 18 EG och de politiska rättigheter som enligt fördragen följer av medborgarskapet samt av Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

143. Denna uppfattning stöds av de instrument som unionen har infört för det rättsliga samarbetet i civilrättsliga mål och brottmål genom förordning (EG) nr 44/2001.[113] Genom sitt ingripande utövar notarius publicus en verksamhet av offentlig karaktär som får verkningar som automatiskt erkänns i unionens samtliga medlemsstater. Den omständigheten att det föreligger ett starkt förtroende samt den gemenskap av värderingar och principer som ligger till grund för unionen gör att notarius publicus inte bara är officiell representant för staten, utan också för unionen. Denna delegering av makt, som gäller inom unionen, återspeglar ett lojalitetsåtagande som är mer komplext än det som föreligger mellan en nationell medborgare och dennes stat. Notarius publicus agerar således i ett sammanhang där lojaliteten inte endast omfattar den stat som delegerar makten, utan också unionen, som axlar den, och de övriga medlemsstaterna.

144. Vi har nått en punkt i den europeiska integrationsprocessen där unionsmedborgare har rätt att delta i de demokratiska beslutsprocesserna på nationell nivå i den stat där de är bosatta, till exempel när det gäller den lokala styrelsen och ”folkliga lagstiftningsinitiativ”. Det går därför inte att begränsa

113 — Rådets förordning (EG) nr 44/2001 av den 22 december 2000 om domstols behörighet och om erkännande och verkställighet av domar på privaträttens område (EGT L 12, 2001, s. 1), närmare bestämt artikel 57.

lojalitetsbegreppet till att endast och nödvändigtvis avse medborgarna i den egna staten. Om lojaliteten uppfattas som ett åtagande att godta rättigheter och skyldigheter som knyter medborgaren till staten och till unionen, anser jag att det inte är nödvändigt, och därmed inte heller legitimt, att under förevarande omständigheter kräva en nationalitetsanknytning till medlemsstaten för att uttrycka ett sådant åtagande.

145. Rollen som Gerichtskommissär, som framför allt tillkommer notarius publicus i Österrike, förtjänar en särskild kommentar. Även om det är riktigt att notarius publicus i denna roll kan fatta individuella och bindande beslut är det också så att det rör sig om en accessorisk funktion som dessutom till stor del är begränsad till arvsfrågor. Det är också så, som ombudet för den österrikiska regeringen uppgav under förhandlingen, att den notarius publicus som ingriper i egenskap av Gerichtskommissär agerar i egenskap av fri yrkesutövare och inte som tjänsteman, vilket i princip indikerar att det rör sig om en konkurrensutsatt funktion. Mot bakgrund av uppgifterna i målet kan den omständigheten att notarius publicus i Österrike utför arbete såsom domstolshandläggare inte heller motivera att den regel som följer av artiklarna 43 EG och 45.1 EG omfattar direkt diskriminering på grund av nationalitet.

5. Slutsats beträffande den första grunden för talan om fördragsbrott

146. Sammanfattningsvis kan det konstateras att en åtgärd som innebär ett införande av ett sådant nationalitetskrav som kommissionen har motsatt sig genom att väcka talan i förevarande mål är oproportionerlig i den mån den inte är nödvändig för att de mål som varje medlemsstat eftersträvar genom att undanta notarius publicus-verksamheten från etableringsfriheten ska kunna uppnås. Det innebär att jag anser att en medlemsstats åtgärd som medför att personer som önskar utöva notarius publicus-yrket diskrimineras på grund av nationalitet, under de speciella villkor som gäller för det yrket, inte kan godtas med stöd av artiklarna 43 EG och 45.1 EG, trots att det rör sig om en verksamhet som deltar i utövandet av offentlig makt och därmed omfattas av etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde. Mot bakgrund av det ovan anförda finner jag att notarius publicus-verksamheten, såsom den utövas i de berörda medlemsstaterna, trots att den omfattas av etableringsfrihetens negativa tillämpningsområde enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG, inte är av sådan beskaffenhet att ett nationalitetskrav ska ingå i regleringen av notarius publicus-ämbetet, därför att det inte är påkallat med hänsyn till i vilken utsträckning verksamheten deltar i utövandet av offentlig makt. Talan om fördragsbrott ska således bifallas på den första grunden avseende åsidosättande av artiklarna 43 EG och 45.1 EG.

B – *Den andra grunden för talan om fördragsbrott*

147. Europeiska kommissionen har yrkat att de berörda medlemsstaterna, med undantag för Republiken Frankrike, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2005/36 om erkännande av yrkeskvalifikationer genom att inte tillämpa det på notarius publicus-verksamheten i sina interna bestämmelser om införlivande.

148. Såsom framgår ovan omfattas notarius publicus-yrket av etableringsfrihetens ”negativa tillämpningsområde” till följd av tolkningen av artiklarna 43 EG och 45.1 EG. Jag har likaså redan på föregående sidor påpekat att en sådan utgång inte nödvändigtvis innebär att medlemsstaterna befrias från sina skyldigheter enligt fördragen. När det gäller direktiv 2005/36 är det dock rimligt att ifrågasätta huruvida det är tillämpligt på notarius publicus-yrket.

149. I ett mål om fördragsbrott åligger det kommissionen att bevisa att den berörda medlemsstaten har gjort sig skyldig till en överträdelse av unionsrätten. Det framgår dock av handlingarna i målet att kommissionen endast har hävdat att direktiv 2005/36 inte har införlivats inom fristen, medan medlemsstaterna har gjort gällande inte bara att artikel 45.1 EG ska tillämpas, utan också att notarius publicus-verksamheten omfattas av undantaget i skäl 41 i direktivet.

150. I skäl 41 i direktiv 2005/36 anges följande: ”Detta direktiv påverkar inte tillämpningen av artikel 39.4 och artikel 45[.1] i fördraget, som bland annat rör notarius publicus.” Det kan trots förklaringens tvetydighet konstateras att lagstiftaren implicit förefaller låta förstå att svaret på frågan huruvida notarius publicus-verksamheten omfattas av artikel 45.1 EG *leder till* svaret på frågan huruvida direktivet är tillämpligt på notarius publicus-yrket. Kommissionens processuella strategi, det vill säga att den endast har utgått från artikel 45.1 EG i sin argumentering, förefaller visa att kommissionen instämmer i vad som sägs i skäl 41. Med hänsyn till det svar som jag föreslår på den första frågan borde kommissionen dock ha anfört andra argument beträffande tillämpningen av direktivet på notarius publicus-yrket. Kommissionens enda argument, som grundar sig på en tolkning av uttrycket ”offentlig makt” i artikel 45.1 EG, fungerar nämligen inte längre. Under dessa omständigheter står det klart att kommissionen inte har anfört något

godtagbart argument som gör det möjligt att bifalla talan på den andra grunden.

151. Följaktligen anser jag att talan inte kan bifallas på den andra grunden, eftersom kommissionen inte har visat att medlemsstaterna är skyldiga att uppfylla skyldigheter enligt direktiv 2005/36 med avseende på notarius publicus-verksamheten.

VI – Rättegångskostnader

152. Om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter kan domstolen i enlighet med artikel 69.3 ”besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad”. Eftersom jag har godtagit en av de två grunder som har åberopats till stöd för talan om fördragsbrott, rekommenderar jag domstolen att i syfte att få till stånd en rättvis fördelning av de kostnader som dessa mål har inneburit för parterna förplikta Europeiska kommissionen, Konungariket Belgien, Storhertigdömet Luxemburg, Republiken Österrike, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Grekland att bära sina rättegångskostnader.

153. När det gäller talan om fördragsbrott som har riktats mot Republiken Frankrike ska det erinras om artikel 69.2 i rättegångsreglerna, där det slås fast att tappande part ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att Republiken Frankrike ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Republiken Frankrike har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

154. I enlighet med artikel 69.4 i rättegångsreglerna ska Republiken Litauen, Rumänien, Republiken Bulgarien, Republiken Polen, Förbundsrepubliken Tyskland, Republiken Slovenien, Republiken Österrike, Republiken Tjeckien, Republiken Slovakien, Republiken Ungern, Republiken Lettland, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och Republiken Frankrike, som har intervenerat i målet, förpliktas att bära sina rättegångskostnader.

VII – Förslag till avgörande

155. Jag föreslår därför att domstolen går till väga på följande sätt:

I mål C-47/08:

1) fastställer att Konungariket Belgien, genom att anta en bestämmelse såsom artikel 35 tredje stycket i lagen av den 25:e dagen i stormmånaden år XI, i dess lydelse enligt lag av den 4 maj 1999, enligt vilken tillträdet till notarius publicus-yrket är förbehållet belgiska medborgare, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG

2) ogillar talan i övrigt,

3) förpliktar kommissionen och Konungariket Belgien att bära sina rättegångskostnader, och

4) förpliktar Republiken Litauen, Republiken Tjeckien, Republiken Slovakien, Republiken Ungern, Republiken Lettland, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och Republiken Frankrike, som har intervenerat i målet, att bära sina rättegångskostnader.

I mål C-50/08:

1) fastställer att Republiken Frankrike, genom att anta en bestämmelse såsom artikel 3 i dekretet av den 5 juli 1973, i dess lydelse enligt dekret 89-399 av den

20 juni 1989, enligt vilken tillträdet till notarius publicus-yrket är förbehållet franska medborgare, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG,

2) förpliktigar Republiken Frankrike att ersätta rättegångskostnaderna, och

3) förpliktigar Republiken Litauen, Rumänien, Republiken Tjeckien, Republiken Slovakien, Republiken Ungern, Republiken Lettland, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och Republiken Bulgarien, som har intervenerat i målet, att bära sina rättegångskostnader.

I mål C-51/08:

1) fastställer att Storhertigdömet Luxemburg, genom att anta en bestämmelse såsom artikel 15 i lag av den 9 december 1976, enligt vilken tillträdet till notarius publicus-yrket är förbehållet luxemburgska medborgare, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG

2) ogillar talan i övrigt,

3) förpliktar kommissionen och Storhertigdömet Luxemburg att bära sina rättegångskostnader, och

4) förpliktar Republiken Litauen, Republiken Tjeckien, Republiken Polen, Republiken Slovakien, Republiken Ungern, Republiken Lettland, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och Republiken Frankrike, som har intervenerat i målet, att bära sina rättegångskostnader.

I mål C-53/08:

1) fastställer att Republiken Österrike, genom att anta en bestämmelse såsom artikel 6.1 a i förordning nr 75/1871, i dess lydelse enligt förordning 164/2005, enligt vilken tillträdet till notarius publicus-yrket är förbehållet österrikiska medborgare, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG

2) ogillar talan i övrigt,

3) förpliktar kommissionen och Republiken Österrike att bära sina rättegångskostnader, och

4) förpliktar Republiken Slovenien, Republiken Litauen, Republiken Tjeckien, Republiken Polen, Republiken Ungern, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, Republiken Slovakien, Republiken Lettland, Förbundsrepubliken Tyskland och Republiken Frankrike, som har intervenerat i målet, att bära sina rättegångskostnader.

I mål C-54/08:

1) fastställer att Förbundsrepubliken Tyskland, genom att anta en bestämmelse såsom artikel 5 i den federala lagen om notarius publicus, i dess lydelse enligt lag av den 26 mars 2007, enligt vilken tillträdet till notarius publicus-yrket är förbehållet tyska medborgare, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG

2) ogillar talan i övrigt,

3) förpliktar kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland att bära sina rättegångskostnader, och

4) förpliktar Republiken Slovenien, Republiken Litauen, Republiken Tjeckien, Republiken Polen, Republiken Ungern, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, Republiken Estland, Republiken Slovakien, Republiken Österrike. Republiken Lettland, Republiken Bulgarien och Republiken Frankrike, som har intervenerat i målet, att bära sina rättegångskostnader.

I mål C-61/08

1) fastställer att Republiken Grekland, genom att anta en bestämmelse såsom artikel 19 första stycket i lag 2830/2000, enligt vilken tillträdet till notarius publicus-yrket är förbehållet grekiska medborgare, har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artiklarna 43 EG och 45.1 EG

2) ogillar talan i övrigt,

3) förpliktar kommissionen och Republiken Grekland att bära sina rättegångskostnader, och

4) förpliktar Republiken Litauen, Republiken Slovenien, Republiken Slovakien, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, Republiken Tjeckien och Republiken Frankrike, som har intervenerat i målet, att bära sina rättegångskostnader.