CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
P. CRUZ VILLALÓN
van 14 september 2010[1]

Inhoud

I — Inleiding ..... I - 4110

II — Rechtskader ..... I - 4111

A — Gemeenschapsrecht ..... I - 4111

1. Primair recht ..... I - 4111

2. Afgeleid recht ..... I - 4112

B — Nationaal recht ..... I - 4113

1. Het beroep van notaris ..... I - 4113

a) Het Belgische recht ..... I - 4113

b) Het Franse recht ..... I - 4115

c) Het Luxemburgse recht ..... I - 4116

d) Het Oostenrijkse recht ..... I - 4117

e) Het Duitse recht ..... I - 4119

f) Het Griekse recht ..... I - 4120

g) Samenvatting ..... I - 4121

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2. De nationale regel waartegen de beroepen in het bijzonder zijn gericht: de nationaliteitsclausules ..... I - 4122

a) Het Belgische recht ..... I - 4122

b) Het Franse recht ..... I - 4122

c) Het Luxemburgse recht ..... I - 4122

d) Het Oostenrijkse recht ..... I - 4122

e) Het Duitse recht ..... I - 4123

f) Het Griekse recht ..... I - 4123

III — Conclusies van partijen ..... I - 4123

IV — De ontvankelijkheid ..... I - 4124

V — Ten gronde ..... I - 4125

A — Eerste middel ..... I - 4125

1. Drie voorafgaande overwegingen van algemene aard ..... I - 4126

a) De volgens de Commissie door de staten geschonden regel: artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG ..... I - 4126

b) De moeilijke duiding van artikel 45, eerste alinea, EG ..... I - 4127

c) Toepassing van het evenredigheidsbeginsel ..... I - 4128

2. Werkzaamheid ter uitoefening van het openbaar gezag ..... I - 4130

a) De rechtspraak van het Hof ..... I - 4130

b) Noodzaak van nadere definiëring van de notie openbaar gezag ..... I - 4132

3. De vraag of de notariële werkzaamheid, en met name de authenticatie, onder de negatieve werkingssfeer valt van de vrijheid van vestiging ..... I - 4136

a) De authenticatie als kerntaak van de notarissen in de verwerende staten ..... I - 4136

b) De authenticatie als onderdeel van de uitoefening van het openbaar gezag ..... I - 4138

4. De nationaliteitsclausule getoetst aan het evenredigheidsbeginsel ..... I - 4141

a) Het statuut van de notaris ..... I - 4141

b) Discriminatie op grond van nationaliteit in het licht van artikel 43 EG, en artikel 45, eerste alinea, EG ..... I - 4142

c) Evenredigheidsbeoordeling ..... I - 4147

5. Conclusie betreffende het eerste middel ..... I - 4149

B — Tweede middel ..... I - 4150

VI — Kosten ..... I - 4151

VII — Conclusie ..... I - 4152

I — Inleiding

1. Met de onderhavige niet-nakomingsberoepen verzoekt de Europese Commissie het Hof vast te stellen dat het Koninkrijk België, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en de Helleense Republiek, door de toegang tot het beroep van notaris exclusief voor te behouden aan personen die de nationaliteit van hun land bezitten (hierna: „nationaliteitsclausule"), de krachtens artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG op hen rustende verplichtingen niet zijn nagekomen. Voorts verzoekt zij het Hof vast te stellen dat de betrokken lidstaten, met uitzondering van de Franse Republiek, door richtlijn 2005/36/EG betreffende de erkenning van diploma's waarmee beroepsopleidingen worden afgesloten [2] niet toe te passen op het beroep van notaris [3], de krachtens deze richtlijn op hen rustende verplichtingen niet zijn nagekomen.

2. Hoewel de klacht van de Commissie uitsluitend discriminatie op grond van nationaliteit betreft, gaat het in deze zaken om een aanzienlijk complexere vraag. In wezen wordt het Hof in deze procedures gevraagd vast te stellen dat het Latijnse notariaat, zoals dat in

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 (PB L 255, blz. 22), waarbij Richtlijn 89/48/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hoger-onderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van ten minste drie jaar worden afgesloten (PB L 19, blz. 16) is ingetrokken.

3 — Dit zijn niet de enige niet-nakomingsberoepen die door de Commissie op deze grond zijn ingesteld. Het Hof zal binnenkort ook uitspraak doen in beroepen tegen Portugal (C-52/08) en Nederland (C-157/09).

een groot aantal lidstaten bestaat [4], binnen de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt, omdat het niet is verbonden met de „uitoefening van het openbaar gezag".

3. Bezien wij de vraag in een algemene dimensie, dan wordt het Hof met deze zaken voor de wellicht moeilijkste uitleggingsvraag tot dusver gesteld met betrekking tot de combinatie van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG. De zaken waarin het Hof zich heeft uitgesproken over deze twee bepalingen in onderling verband betroffen, zoals ik hierna zal bespreken, beroepsbeoefenaren met diffuse of uiterst beperkte banden met het openbaar gezag, hetgeen hier althans op het eerste gezicht zeker niet het geval is.

4. De zes beroepen die ik in deze conclusie gezamenlijk behandel bieden het Hof derhalve de gelegenheid tot een fundamenteler onderzoek dan tot nu toe van de reikwijdte van de hoogst complexe regel die voortvloeit uit de koppeling van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG. In deze procedure moet het Hof, anders dan in eerdere gevallen, trachten hierbij het juiste evenwicht te vinden tussen de met de unievrijheden nagestreefde doelstellingen, de eerbiediging van de bevoegdheden van de lidstaten en het burgerschapsstatuut van de Unie. Bij de afweging van deze belangen zal het Hof kunnen vaststellen dat deze bepalingen een bijzondere exegetische inspanning vergen, waarbij het evenredigheidsbeginsel van doorslaggevende betekenis is.

5. Uit de aard van de fundamentele zaken die hier in het geding zijn alsmede de mogelijkheid om een evenredigheidstoets in te voeren in artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG blijkt het evidente belang van de onderhavige zaak, niet alleen voor de specifieke werkzaamheid van de notaris maar ook, breder, voor het recht van de Unie.

II — Rechtskader

A — *Gemeenschapsrecht*

1. Primair recht

6. De Commissie doet haar beroepen steunen op de regel die voortvloeit uit de combinatie

4 — Hoewel het Latijnse notariaat, dat het voorwerp is van deze beroepsprocedures, in Europa nog steeds het meest courant is, zijn er daarnaast in de Europese Unie ook andere vormen, waarbij de vraag of zij binnen de werkingssfeer van artikel 45, eerste alinea, EG vallen niet aan de orde is, hetzij omdat de notaris volledig deel uitmaakt van het overheidsapparaat, dan wel omdat zijn tussenkomst niet de authenticatiefunctie heeft in de zin als hier bedoeld. Tot slot zijn de onderlinge verschillen in Europa de laatste jaren groter geworden doordat een aantal staten dat het Latijnse notariaat handhaaft, de nationaliteitsclausule heeft afgeschaft (Italië, Spanje).

van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG (thans artikelen 49 en 51 VWEU), waarin ten tijde van de verweten niet-nakoming de vrijheid van vestiging van natuurlijke en rechtspersonen als volgt was vastgelegd:

„*Artikel 43*

In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

Artikel 45

De bepalingen van dit hoofdstuk zijn, wat de betrokken lidstaat betreft, niet van toepassing op de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in deze staat, zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden.

De Raad kan met gekwalificeerde meerderheid van stemmen op voorstel van de Commissie besluiten dat de bepalingen van dit hoofdstuk op bepaalde werkzaamheden niet van toepassing zijn." [5]

2. Afgeleid recht

7. Richtlijn 89/48/EEG betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hoger-onderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van ten minste drie jaar worden afgesloten, voorzag in een omzettingstermijn die volgens artikel 12 ervan op 4 januari 1991 afliep.

8. Artikel 2 van de richtlijn bepaalde:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op alle onderdanen van een lidstaat die als zelfstandige of loontrekkende een gereglementeerd beroep in een ontvangende lidstaat willen uitoefenen.

Deze richtlijn is niet van toepassing op de beroepen die vallen onder een specifieke richtlijn waarmede tussen de lidstaten een onderlinge erkenning van diploma's is ingesteld."

5 — Alhoewel alle betrokken partijen in deze niet-nakomingsprocedures zonder nadere precisering steeds verwijzen naar artikel 45 EG, hebben zij eigenlijk consequent het oog op de in de eerste van de twee alinea's van dit artikel vervatte bepaling, dus die waarin de werkingssfeer van de vrijheid „negatief" wordt afgebakend door haar niet uit te breiden tot de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag. Geheel anders van opzet voorziet de tweede alinea in een algemene mogelijkheid waardoor een categorie economische werkzaamheden, zonder deelneming in te houden aan de uitoefening van het openbaar gezag, toch door middel van bepalingen van afgeleid recht als het ware uit de vrijheid van vestiging „kan" worden „verwijderd". Ik kom hier later nog op terug.

9. Het beroep van notaris is niet door enig instrument als bedoeld in artikel 2, tweede alinea, gereglementeerd.

10. Richtlijn 89/48 is ingetrokken en gecodificeerd bij richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties. In de nieuwe redactie is de wezenlijke inhoud van richtlijn 89/48 overgenomen, maar punt 41 van de considerans bevat een — nieuw toegevoegde — overweging met een uiterst relevante strekking:

„Deze richtlijn laat de toepassing van artikel 39, lid 4 en van artikel 45 van het Verdrag, die met name notarissen betreffen, onverlet."

B — *Nationaal recht*

1. Het beroep van notaris

11. De Commissie en de lidstaten hebben een groot aantal juridische en feitelijke gegevens aangevoerd die het beroep van notaris in elk land in detail beschrijven. Gezien de omvang van de verstrekte informatie, de gezamenlijke behandeling in deze conclusie en de noodzaak om het onderzoek ten gronde van een heldere argumentatiebasis te voorzien, zal ik hierna een puntsgewijze samenvatting geven, zowel van de bepalingen waarop partijen zich beroepen als van de door het notariaat in elk van de betrokken lidstaten verrichte taken, waaronder met name de authenticatie van akten van belang is.

a) Het Belgische recht

12. Het beroep van notaris is in België geregeld bij de wet van 25 Ventôse jaar XI alsmede in een aantal verspreide bepalingen, onder meer in het Belgisch Gerechtelijk Wetboek.

13. Overeenkomstig de Belgische wettelijke regeling is de kerntaak van de notaris het verlijden van authentieke akten, die twee hoofdkenmerken hebben: zij leveren volledig bewijs op in rechte en een uitvoerbare titel. [6]

14. De authenticatie wordt door de notaris verricht op verzoek van een of meer partijen en na een onderzoek van de wettigheid van de akte die hij voor waar bekrachtigt. De tussenkomst van de notaris kan wettelijk voorgeschreven dan wel facultatief zijn, afhankelijk

6 — Artikel 19 van de wet van 25 Ventôse jaar XI.

van de akte waaraan authenticiteit moet worden verleend. Hij stelt hiertoe vast dat aan alle wettelijke vereisten voor het opmaken van de akte is voldaan alsmede dat partijen rechtsbevoegd en handelingsbekwaam zijn. De notaris licht elke partij in over haar rechten en verplichtingen en geeft op onpartijdige wijze raad. [7] Daarnaast zorgt hij ook rechtstreeks voor de inning en betaling van de rechten van registerinschrijving en vestiging van een hypotheek.

15. Alle notarieel verleden akten hebben volledige en aan die van een handeling van een openbaar ambtenaar gelijkwaardige bewijskracht; tegenbewijs kan slechts worden geleverd voor de rechter. De door de notaris verrichte vaststelling is aantastbaar, echter slechts via een buitengewone herzieningsprocedure. [8]

16. Voorts zijn alle notariële akten in het gehele rijk uitvoerbaar. [9] Voor de tenuitvoerlegging van de notariële akte is derhalve geen toestemming vereist van de schuldenaar (wel betekening); zij wordt rechtstreeks verricht door een overheidsambtenaar, de „huissier" (gerechtsdeurwaarder). De schuldenaar die zich tegen de tenuitvoerlegging wil verzetten kan daartoe een incidenteel executiegeschil aanhangig maken bij de rechter. [10]

17. De Belgische regering heeft uiteengezet dat de notarissen naast de authenticatiefunctie nog andere werkzaamheden verrichten, zij het niet op dezelfde schaal als de hiervoor genoemde. Zo vervult de notaris taken in verband met de verkoop van onroerende zaken in procedures van tenuitvoerlegging, faillissement, curatele of nalatenschappen en in het kader van boedelbeschrijving, verdeling van onsplitsbare goederen alsmede het opmaken van oprichtings-, fusie- en andere vennootschapsakten.

18. De notaris is in deze taakuitoefening werkzaam als openbaar ambtenaar die de overheid vertegenwoordigt, al wordt de werkzaamheid aangemerkt als een vrij beroep. [11] Hij wordt voor het leven benoemd en voor hem geldt een bijzondere tuchtregeling voor overheidsfunctionarissen. [12] Zijn honoraria hebben een niet-commercieel karakter en zijn wettelijk vastgesteld, maar de cliënt heeft een ruime vrijheid van keuze van notaris. Notarissen concurreren derhalve niet op de prijs maar op de kwaliteit van hun dienstverlening.

7 — Artikel 9, 1, § 3 van de reeds aangehaalde wet 25 Ventôse.

8 — De procedure om op te komen tegen een „inscription en faux" van notariële akten is — civielrechtelijk — geregeld in artikel 895 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek.

9 — Artikel 19 van de aangehaalde wet 25 Ventôse.

10 — Artikelen 1395 en 1396 van het Belgisch Gerechtelijk Wetboek.

11 — Artikel 1 van de aangehaalde wet 25 Ventôse.

12 — Artikel 108 van de aangehaalde wet 25 Ventôse.

b) Het Franse recht

19. Het beroep van notaris in Frankrijk is geregeld bij de wet van 25 Ventôse jaar XI op het notarisberoep alsmede in een aantal specifieke bepalingen, met name in het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

20. De kernactiviteit van het Franse notariaat is eveneens het verlijden van de akten en contracten waaraan partijen authenticiteit willen doen verlenen. Door de authenticatie verleent de notaris volledige bewijskracht en uitvoerbaarheid aan de akte of het contract. [13]

21. De Franse notaris verleent zijn dienst op verzoek van een of meer partijen, al is voor het opmaken van sommige akten de tussenkomst van de notaris verplicht voorgeschreven. [14] Om de akte naar behoren te authenticeren onderzoekt de notaris de wettigheid van de handeling en neemt hij een aantal strikte bij wet voorziene vormvoorschriften in acht [15], waaronder de verplichte opstelling van de akte in de Franse taal. [16] De notaris is voorts verplicht partijen in te lichten over de draagwijdte en de gevolgen van de akte en dient zich ervan te vergewissen dat partijen met volledige rechtsbevoegdheid en handelingsbekwaamheid vrijwillig hun instemming verlenen.

22. De authentieke akte bezit bewijskracht, al kan er tegenbewijs tegen worden geleverd in een speciale procedure waarvoor het Tribunal de grande instance bij uitsluiting bevoegd is. [17] De zaak wordt in een incidentele procedure of een bodemprocedure aanhangig gemaakt, afhankelijk van de vraag of de inhoud van de authentieke akte in een lopende procedure wordt betwist of niet. [18] De uitspraak kan sancties omvatten, zowel voor de notaris als voor de partij die de procedure heeft ingesteld.

23. De vatbaarheid voor tenuitvoerlegging van de notariële akte houdt in dat elk van de erbij betrokken partijen de exclusief bevoegde overheidsfunctionaris, de huissier, rechtstreeks om de gedwongen executie kan verzoeken. [19] Anders dan het geval is bij onderhandse akten, is voor het ten uitvoer leggen van de notariële akte geen rechterlijke tussenkomst nodig en evenmin de toestemming van de schuldenaar. De

13 — Artikel 1 van verordening nr. 45-2590 van 2 november 1945, artikel 1319 van het Burgerlijk Wetboek en artikel 19 van de reeds aangehaalde wet 25 Ventôse.

14 — Onder meer schenkingen, huwelijkse voorwaarden, vestiging van een hypotheek of termijntransacties.

15 — Zie de reeds aangehaalde wet 25 Ventôse jaar XI, alsmede bijzondere bepalingen als artikel 850 van het algemeen belastingwetboek.

16 — Artikel 1 van wet nr. 94-665 van 4 augustus 1994, alsmede het edict van Villers-Cotterêts uit 1539, dat nog steeds van kracht is en waarbij de verplichting is ingevoerd tot het gebruik van de Franse taal in het bestuur.

17 — Artikel 299 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

18 — Artikelen 306 en 314 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

19 — Krachtens artikel 18 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering zijn uitsluitend de huissiers bevoegd tot de tenuitvoerlegging van akten en executoriale titels.

tenuitvoerleggingsprocedure is dezelfde als die welke van toepassing is op rechterlijke beslissingen. [20]

24. De Franse regering heeft uiteengezet dat de notarissen naast de authenticatie ook andere werkzaamheden verrichten, zij het niet op dezelfde schaal als de hiervoor genoemde. Zo vervult de notaris taken in verband met de inning van belastingen, die vanzelfsprekend van een andere aard zijn dan de authenticatie, daar complementair aan zijn en aantonen hoezeer het beroep is geïntegreerd in het openbaar gezag.

25. De notaris is een overheidsambtenaar, bij delegatie bekleed met openbaar gezag en onderworpen aan een bijzondere onverenigbaarheidsregeling, maar hij verricht zijn werkzaamheden als vrij beroepsbeoefenaar. [21] Zijn ambt is echter onderdeel van de preventieve rechtspleging die de stabiliteit van de rechtsbetrekkingen en de sociale relaties verzekert. De honoraria van de notarissen zijn bij wet vastgesteld, maar de klant heeft enige vrijheid bij de notariskeuze. Het betreft derhalve een economische activiteit die wordt verricht in een mededingingscontext, waarin niet de prijs maar de kwaliteit van de dienstverlening de belangrijkste factor is waardoor de dienstenaanbieders zich onderscheiden.

c) Het Luxemburgse recht

26. In Luxemburg is het beroep van notaris gereglementeerd bij de wet van 9 december 1976 alsmede in andere specifieke bepalingen, waaronder met name het wetboek van burgerlijke rechtsvordering, de wet van 25 september 1905 en de groothertogelijke verordening van 7 oktober 2000.

27. Ook voor het Luxemburgse notariaat geldt dat het bestaat uit openbare ambtenaren, die zijn aangesteld om alle akten en contracten te verlijden waaraan partijen authentieke kracht willen doen verlenen. [22] Door de authenticatie wordt aan de akte een bijzondere bewijskracht en uitvoerbaarheid verleend. [23]

28. De notaris verleent zijn dienst op verzoek van een of meer partijen, hij onderzoekt de wettigheid van de akte en vergewist zich ervan dat aan een aantal wettelijk voorgeschreven formaliteiten is voldaan. In bepaalde gevallen is de notariële tussenkomst echter verplicht. [24] De notaris moet zich ervan vergewissen dat partijen in volle vrijheid en met volledige rechtsbevoegdheid en handelingsbekwaamheid handelen. Voorts dient hij partijen onafhankelijk van advies te dienen en in te lichten over de uit de akte en zijn tussenkomst voortvloeiende rechten en plichten.

20 — Wet nr. 91-650 van 9 juli 1991.

21 — Het openbare karakter van de werkzaamheid van de notaris is door de Conseil d'État bevestigd in zijn arrest van 9 juni 2006 (nr. 280911), waarin hij artikel 45, eerste alinea EG, van toepassing heeft verklaard op het notarisberoep, al is hij tot deze vaststelling gekomen zonder een prejudiciële uitspraak van het Hof.

22 — Artikel 1 van de wet van 9 december 1976.

23 — Artikelen 37 en 45 van de hiervoor aangehaalde wet.

24 — Zie bijvoorbeeld de wet van 25 september 1905 betreffende zakelijke rechten op onroerende zaken.

29. De authenticatie komt tot stand door het aanbrengen van het zegel, met de executoirverklaring. [25] De bewijskracht van de akte is bijgevolg uiterst sterk en tegenbewijs is slechts mogelijk in uitzonderlijke gevallen en via een bijzondere gerechtelijke procedure. [26]

30. De executoriale werking van de notariële akte geeft de schuldeiser het recht rechtstreeks jegens zijn schuldenaar tot tenuitvoerlegging over te gaan, zonder een declaratoire procedure bij de rechter te moeten inleiden. Hij behoeft zich daartoe slechts tot de bij uitsluiting met de gedwongen tenuitvoerlegging belaste functionaris, de huissier, te wenden. Tegen de beslissingen die de huissier neemt in het kader van de tenuitvoerleggingsprocedure staan op dezelfde voorwaarden rechtsmiddelen open als tegen de tenuitvoerlegging van een rechterlijke beslissing.

31. De Luxemburgse regering heeft aangegeven dat de notarissen naast de authenticatie ook andere werkzaamheden verrichten, zij het niet op dezelfde schaal als de hiervoor genoemde. Zo vervult de notaris taken in verband met de verkoop van onroerende zaken in procedures van tenuitvoerlegging, faillissement, curatele of nalatenschappen en in het kader van boedelbeschrijving en verdeling van onsplitsbare goederen.

32. Notarissen zijn openbare ambtenaren die door de Groothertog worden benoemd op voordracht van de minister van Justitie. Zij verrichten hun taken op het gehele Luxemburgse grondgebied, en zijn verplicht er metterwoon gevestigd te zijn. Hoewel zij hun werkzaamheden verrichten als vrije beroepsbeoefenaren, geldt voor hen een bijzonder statuut, met onder meer een aantal strikte onverenigbaarheidsregels. [27] De honoraria van notarissen zijn wettelijk vastgesteld, maar de cliënten beschikken over een zekere vrijheid bij de notariskeuze, voor zover er althans meer dan één notaris werkzaam is in het ambtsgebied waar de dienst moet worden verleend. Er is derhalve sprake van vrije mededinging tussen notarissen, al concurreren zij niet op basis van de prijs, maar op de kwaliteit van hun dienstverlening.

d) Het Oostenrijkse recht

33. In Oostenrijk is het beroep van notaris in hoofdlijnen gereglementeerd bij de wetten van 25 juli 1871 en van 11 november 1970, alsmede in een aantal bepalingen van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

34. Het Oostenrijkse notariaat wordt gevormd door voor het leven door de staat benoemde ambtenaren, wier taken met name bestaan uit de authenticatie van akten die een bijzondere bewijskracht alsmede executoriale werking bezitten. [28]

25 — Bijlage 2 bij de groothertogelijke verordening van 7 oktober 2000.

26 — Artikelen 310 en volgende van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

27 — Artikel 6 van de reeds aangehaalde wet van 9 december 1976.

28 — § 292 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering en § 3 van de wet van 25 juli 1871, RGBI. 75/1871.

35. Zoals de Oostenrijkse Republiek in haar verweerschrift heeft erkend, is de authenticatie in dat land een specifieke en aan de notaris voorbehouden taak, die op verzoek van een of meer partijen, en in sommige gevallen op grond van een dwingend voorschrift, wordt verricht om een akte met volle werking op te maken. De notaris verricht een wettigheidscontrole van de te verlijden akte, licht partijen in over hun rechten en plichten en de gevolgen van de authenticatie en vergewist zich er voorts van dat zij over volledige rechtsbevoegdheid en handelingsbekwaamheid beschikken.

36. Op basis van een authentieke akte kan de notaris partijen ook vertegenwoordigen en in bijzondere gevallen hun verdediging op zich nemen voor rechterlijke instanties en overheidsorganen. [29] Deze activiteit wordt door hem op onafhankelijke wijze en met winstoogmerk verricht.

37. Notariële akten hebben een bijzondere bewijskracht; onder strikte voorwaarden kan evenwel tegenbewijs worden geleverd. [30]

38. Door de authenticatie vormen de notariële akten executoriale titels, die op verzoek van de belanghebbende rechtstreeks ten uitvoer kunnen worden gelegd door de hiervoor verantwoordelijke overheidsorganen: de Bezirksgerichte (regionale rechtbanken). [31] Er is geen toestemming van de schuldenaar noch een uitspraak van de rechter nodig. Tegen de tenuitvoerlegging staan echter rechtsmiddelen open, die zijn geregeld in de bijzondere procesrechtelijke bepalingen voor deze procedure. [32]

39. Naast de authenticatie verrichten notarissen ook andere werkzaamheden, aldus de Oostenrijkse regering. De notaris treedt bijvoorbeeld op als Gerichtskommissär, een bij wet opgedragen functie die steun- en interventietaken omvat bij de afwikkeling van bepaalde gerechtelijke procedures, zoals bijvoorbeeld in erfrechtzaken. Uit hoofde van zijn functie als Gerichtskommissär oefent hij bevoegdheden uit, waaronder de bevoegdheid om beschikkingen te geven, die gelijkwaardig zijn aan die van rechterlijke instanties.

40. De notaris is een ambtenaar, die wordt benoemd bij besluit van de federale minister van Justitie en verplicht is zijn ambtelijke taken te vervullen. Hij is echter een vrij beroepsbeoefenaar. De notarissen oefenen hun functie uit in volstrekte onafhankelijkheid, en voor hen geldt een bijzonder statuut. Hun honoraria zijn wettelijk vastgesteld, maar

29 — § 5 van de reeds aangehaalde wet.

30 — § 292 van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

31 — Bewilligungs- bzw. Exekutionsgericht. Zie de §§ 17 en volgende van de wet van 27 mei 1896, RGBl. 79/1896.

32 — §§ 35 tot en met 37 van de reeds aangehaalde wet van 27 mei 1896.

de cliënten hebben vrijheid van keuze van notaris. Er is derhalve sprake van een mededingingsverhouding tussen notarissen, al concurreren zij niet op de prijs maar op de kwaliteit van hun dienstverlening.

e) Het Duitse recht

41. In Duitsland is het beroep van notaris geregeld bij de wet van 24 februari 1961 alsmede in verschillende bepalingen van het wetboek van burgerlijk procesrecht.

42. Het Duitse notariaat bestaat uit onafhankelijke overheidsfunctionarissen die in hoofdzaak zijn belast met de authenticatie van akten. [33] De authenticatie verleent de notariële akte executoriale werking alsmede bijzondere bewijskracht. [34] Het notarisberoep is onderdeel van de zogenoemde „preventieve rechtspleging". [35]

43. De authenticatie is de belangrijkste en meest kenmerkende werkzaamheid van de notaris. Hij onderzoekt hiertoe de wettigheid van de onderhandse akten die partijen willen laten verlijden en vergewist zich ervan dat zij hun wilsverklaringen met volledige rechtsbevoegdheid en handelingsbekwaamheid afleggen. [36] Wanneer aan de wettelijke vereisten is voldaan is de notaris verplicht de authenticatie te verrichten. [37] In het kader van zijn tussenkomst geeft de notaris partijen advies en licht hij hen in over hun rechten en plichten alsmede over de gevolgen van de authenticatie van de akte. [38] Alhoewel de notaris optreedt op verzoek van een of meer partijen en niet ambtshalve, vereist het Duitse recht voor een groot aantal akten de tussenkomst van de notaris om er volledige werking aan te verlenen. [39]

44. De notariële akte bezit authenticiteit en bijzondere bewijskracht, al kan er tegenbewijs worden geleverd onder de voorwaarden voorzien in de wet [40] en afhankelijk van hetgeen door de notaris wordt geauthenticeerd, zoals derdenverklaringen, verklaringen van de notaris zelf dan wel feitelijkheden.

45. De notariële akte heeft executoriale werking en kan direct door de met de tenuitvoerlegging belaste autoriteiten worden geëxecuteerd, zonder toestemming van de schuldenaar, echter niet dan nadat deze hem

33 — §§ 1 en 20, 1, van de wet van 24 februari 1961, BGBl. I, blz. 97.

34 — §§ 415, 794, eerste alinea, sub 5, en 797, lid 2, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

35 — In het Duits, volgens de aangehaalde § 1 van de wet van 24 februari 1961, „vorsorgende Rechtspflege".

36 — § 14, 2, van de reeds aangehaalde wet van 24 februari 1961.

37 — § 15, 1, van de reeds aangehaalde wet van 24 februari 1961.

38 — § 14, 1, sub 2, van de reeds aangehaalde wet van 24 februari 1961.

39 — Zie onder meer de belofte tot schenking (§ 518 BGB), de huwelijkse voorwaarden (§ 1408 BGB) of de verwerping van de nalatenschap (§ 2346 BGB).

40 — § 415, lid 2, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

is betekend. De schuldenaar wordt derhalve geacht bij het opmaken en verlijden van de akte het recht te hebben verleend tot de onmiddellijke gedwongen executie. [41] Tot tenuitvoerlegging bevoegd zijn bij uitsluiting de bij wet aangewezen autoriteiten, waartoe de notaris niet behoort. [42] Tegen de in het kader van de tenuitvoerlegging genomen beslissingen die verband houden met de inhoud van de notariële akte, staan rechtsmiddelen open. [43]

46. De Duitse regering heeft aangegeven dat de notarissen naast de authenticatie ook andere werkzaamheden verrichten, zij het niet op dezelfde schaal als de hiervoor genoemde. Zo vervult de notaris taken in verband met het legaliseren van documenten, het verlenen van volmachten en het afnemen van verklaringen onder ede.

47. De Duitse notaris is een door het Land benoemde openbaar ambtenaar, die zijn ambt uitoefent namens de staat. [44] Alhoewel de activiteit niet commercieel van aard is, verricht hij zijn werkzaamheden als vrij beroepsbeoefenaar, behalve in Baden-Württemberg. [45] In de overige Länder en naargelang het gebied oefent hij het notariaat uit bij uitsluiting dan wel in combinatie met de advocatuur. Voor de notarissen geldt een bijzonder statuut dat hun onafhankelijkheid waarborgt, en hun honoraria zijn wettelijk vastgesteld. [46] De cliënt beschikt echter over ruime vrijheid van keuze in een bepaald bevoegdheidsgebied. [47] Er is derhalve sprake van mededinging tussen de notarissen die binnen hetzelfde ambtsgebied werkzaam zijn, echter niet op basis van de prijs maar op grond van de kwaliteit van de dienstverlening.

f) Het Griekse recht

48. Het Griekse notariaat is in hoofdzaak gereglementeerd bij wet nr. 2830/2000.

49. De Griekse notaris is een openbaar ambtenaar die hoofdzakelijk is belast met de authenticatie van akten, waaraan hij aldus bewijskracht en executoriale werking verleent. [48]

41 — § 794, eerste alinea, sub 5, van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

42 — Er zijn verschillende bevoegde instanties, bijvoorbeeld de gerechtsdeurwaarder (Gerichtsvollzieher), de voor de tenuitvoerlegging bevoegde rechterlijke instantie (Vollstreckungsgericht) en/of de rechter die ten gronde oordeelt (Prozessgericht) of/en de bewaarder van de openbare registers (Grundbuchamt).

43 — § § 732 en 797, lid 3, wetboek van burgerlijke rechtsvordering.

44 — § 1 van de reeds aangehaalde wet van 24 februari 1961.

45 — Hier is de notaris een ambtenaar binnen het overheidsapparaat.

46 — § 17 van de reeds aangehaalde wet van 24 februari 1961.

47 — § § 10a en 11 van de reeds aangehaalde wet van 24 februari 1961.

48 — Artikel 1, eerste alinea, van wet nr. 2830/2000.

50. De notaris authenticeert de akten die partijen hem vrijwillig daartoe aanbieden; in bepaalde gevallen is zijn tussenkomst echter wettelijk voorgeschreven.[49] Hij informeert en adviseert partijen over hun rechten en plichten en verleent zijn diensten geheel onafhankelijk.

51. De notariële akten hebben een bijzondere bewijskracht en strekken tegenover eenieder tot bewijs.[50] De inhoud van de akte kan uitsluitend wegens bijzondere redenen worden betwist.

52. Omdat de notariële akte een executoriale titel vormt kan de bevoegde en met de tenuitvoerlegging belaste autoriteit rechtstreeks worden verzocht tot gedwongen tenuitvoerlegging. Tegen de executiemaatregelen staan echter in bepaalde omstandigheden — incidenteel — rechtsmiddelen open.[51]

53. Naast de authenticatie verrichten de notarissen ook andere werkzaamheden, aldus de Griekse regering, zij het niet op dezelfde schaal als de hiervoor genoemde. Zo vervult de notaris taken in verband met de verkoop van onroerende zaken in procedures van tenuitvoerlegging, faillissement, curatele of nalatenschappen en in het kader van boedelbeschrijving en verdeling van onsplitsbare goederen.

54. De notaris is een openbaar ambtenaar die zijn diensten onafhankelijk verricht en zijn honoraria rechtstreeks ontvangt van de cliënt. Ofschoon de notaristarieven wettelijk zijn vastgesteld, heeft de cliënt een zekere vrijheid bij de keuze van notaris.

55. Er is derhalve sprake van een mededingingsverhouding tussen notarissen, al concurreren zij niet op prijs maar op de kwaliteit van hun dienstverlening.

g) Samenvatting

56. Op basis van bovenstaand overzicht kan worden vastgesteld dat in de zes verwerende staten een gemeenschappelijk model voor het notarisberoep is ingeburgerd en ontwikkeld, met name met betrekking tot de authenticatie en de eraan verbonden werking: de bewijskracht en de uitvoerbaarheid. Voorts geldt in alle verwerende staten een bijzonder en hybride functioneel statuut voor de notaris, dat het midden houdt tussen dat van de openbaar ambtenaar en de vrijberoepsbeoefenaar, waaraan rechten en verplichtingen zijn verbonden die het notariaat maken tot een beroep waarin een economische activiteit sui generis wordt uitgeoefend. Deze mate van elementaire overeenstemming maakt het mogelijk de onderhavige niet-nakomingsberoepen gezamenlijk van één gemotiveerd antwoord te voorzien.

49 — Bijvoorbeeld voor de oprichting van vennootschappen, schenkingen inter vivos of de overdracht van onroerende zaken.

50 — Artikel 438 van de reeds aangehaalde wet nr. 2830/2000.

51 — Artikel 933 en volgende van de reeds aangehaalde wet nr. 2830/2000.

2. De nationale regel waartegen de beroepen in het bijzonder zijn gericht: de nationaliteitsclausules

57. Ik zal na deze schets van het wettelijk basiskader betreffende het notarisberoep thans de nationale bepalingen weergeven waarop de klacht van de Commissie in deze procedures is gericht, die ertoe strekken de toegang tot het notariaat te beperken tot de eigen onderdanen van de betrokken staat.

a) Het Belgische recht

58. Artikel 35, § 3, van de genoemde wet, gewijzigd bij de wet van 4 mei 1999, bevat een nationaliteitsclausule voor de toegang tot het beroep van notaris in België, die luidt:

„Om tot kandidaat-notaris te worden benoemd, moet de betrokkene: 1° Belg zijn [...]."

b) Het Franse recht

59. Artikel 3 van het besluit van 5 juli 1973, gewijzigd bij besluit nr. 89-399 van 20 juni 1989, bevat een nationaliteitsclausule die voor de toegang tot het beroep van notaris in Frankrijk bepaalt:

„Slechts degene die aan de volgende vereisten voldoet kan tot notaris worden benoemd: het bezit van de Franse nationaliteit [...]."

c) Het Luxemburgse recht

60. Artikel 15 van de wet van 9 december 1976 tot regeling van het beroep van notaris voorziet in een nationaliteitsclausule voor de toegang tot het beroep van notaris in Luxemburg, die als volgt luidt:

„Om als notaris werkzaam te [kunnen] zijn, is vereist: a) het bezit van de Luxemburgse nationaliteit [...]."

d) Het Oostenrijkse recht

61. § 6, eerste alinea, sub a, van verordening nr. 75/1871, gewijzigd bij verordening nr. 164/2005, voorziet in een nationaliteitsclausule voor de toegang tot het beroep van notaris in Oostenrijk, die als volgt luidt:

„Voorwaarden voor de benoeming tot notaris [zijn]: 1. de Oostenrijkse nationaliteit [...]."

e) Het Duitse recht

62. § 5 van de federale wet op het notariaat, zoals gewijzigd bij § 3 van de wet van 26 maart 2007, bevat een nationaliteitsclausule voor de toegang tot het beroep van notaris in Duitsland, die luidt:

„Tot notaris kan slechts een Duits onderdaan worden benoemd die bevoegd is tot de uitoefening van rechterlijke functies krachtens de Duitse wet op de rechterlijke organisatie."

f) Het Griekse recht

63. Artikel 19, eerste alinea, van de reeds aangehaalde wet nr. 2830/2000 bevat een nationaliteitsclausule voor de toegang tot het beroep van notaris in Griekenland, die als volgt luidt:

„Om tot notaris te worden benoemd, is het bezit van de Griekse nationaliteit vereist [...]."

III — Conclusies van partijen

64. De Commissie verzoekt het Hof in de hier samengevoegde zaken vast te stellen dat:

— het Koninkrijk België, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en de Helleense Republiek, door de toegang tot het beroep van notaris te beperken tot de eigen onderdanen, de verplichtingen niet zijn nagekomen die op hen rusten krachtens artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG;

— het Koninkrijk België, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en de Helleense Republiek, door richtlijn 2005/36 betreffende de erkenning van diploma's waarmee beroepsopleidingen worden afgesloten niet uit te voeren voor het beroep van notaris, de krachtens deze richtlijn op hen rustende verplichtingen niet zijn nagekomen;

— het Koninkrijk België, de Franse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en de Helleense Republiek te verwijzen in de kosten.

65. De verwerende staten ondersteund door de Republiek Letland, Roemenië, de Bulgaarse Republiek, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië, de Tsjechische Republiek, de Slowaakse Republiek, de Republiek Hongarije en de Republiek Litouwen, concluderen tot:

verwerping van het beroep, daar het verwijt van niet-nakoming van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG huns inziens ongegrond is, en de Commissie te verwijzen in de kosten;

voorts, en prealabel aan het voorgaande, werpt de Duitse Bondsrepubliek een formele exceptie van niet-ontvankelijkheid op, daartoe stellende dat de Commissie in de precontentieuze fase haar klacht had gebaseerd op richtlijn 89/48 terwijl zij thans in haar verzoekschrift klaagt over schending van richtlijn 2005/36, die voornoemde richtlijn vervangt.

IV — De ontvankelijkheid

66. In zaak C-54/08 — tegen de Bondsrepubliek Duitsland — werpt verweerster, ondersteund door Slovenië en Letland een niet-ontvankelijkheidsexceptie op wegens de bepalingen waarop de Commissie haar verwijt doet steunen. Zij stelt dat de Commissie haar in de precontentieuze fase van deze niet-nakomingsprocedure schending van richtlijn 89/48 heeft verweten, terwijl zij thans in de contentieuze fase haar verwijt baseert op richtlijn 2005/36 die de voormelde vervangt.

67. Deze exceptie kan niet slagen.

68. Volgens 's Hofs vaste rechtspraak vormt het regelmatige verloop van de precontentieuze procedure een door het Verdrag gewilde wezenlijke waarborg, niet enkel ter bescherming van de rechten van de betrokken lidstaat, maar ook om te verzekeren dat in de eventuele procedure voor het Hof het voorwerp van het geding duidelijk is omschreven. In de contradictoire procedure zal het Hof immers enkel op basis van een regelmatige precontentieuze procedure in staat zijn te beoordelen of de lidstaat inderdaad precies die verplichtingen niet is nagekomen waarvan de Commissie stelt dat zij zijn geschonden. [52]

69. Ofschoon het petitum van het verzoekschrift in beginsel niet meer mag omvatten dan de in het dispositief van het met redenen omkleed advies en in de aanmaningsbrief gestelde inbreuken, „blijft de Commissie, in geval van een wijziging van het

52 — Beschikking Hof van 11 juli 1995, Commissie/Spanje (C-266/94, Jurispr. blz. I-1975, punten 17 en 18).

gemeenschapsrecht in de loop van de precontentieuze procedure, ontvankelijk in een beroep strekkende tot vaststelling van een niet-nakoming van verplichtingen die voortvloeien uit de oorspronkelijke versie van een later gewijzigde of ingetrokken richtlijn, indien die verplichtingen in de nieuwe bepalingen zijn gehandhaafd". [53]

V — Ten gronde

A — *Eerste middel*

70. Zoals de Commissie heeft opgemerkt blijkt bij vergelijking van die richtlijnen, dat richtlijn 2005/36 de bepalingen van richtlijn 89/48 slechts heeft gecodificeerd en versterkt. De meeste verplichtingen die de lidstaten krachtens richtlijn 89/48 waren opgelegd, zijn dan ook onder richtlijn 2005/36 op hen van toepassing gebleven.

71. Hieruit volgt dat het beroep ontvankelijk is en de door Duitsland opgeworpen nietontvankelijkheidsexceptie moet worden verworpen, aangezien zij betrekking heeft op de uit richtlijn 2005/36 voortvloeiende verplichtingen die reeds krachtens de ingetrokken richtlijn van toepassing waren.

72. Met haar eerste middel verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen dat de verwerende lidstaten, door de toegang tot het notarisberoep exclusief voor te behouden aan hun eigen onderdanen, artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG hebben geschonden.

73. De staten verdedigen een tegengestelde uitlegging van de uit die twee bepalingen voortvloeiende regel, die hoofdzakelijk is gebaseerd op de in artikel 45, eerste alinea, EG negatief afgebakende werkingssfeer van de bedoelde regel, een andere interpretatie derhalve van de zinsnede „werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag [...], zelfs indien deze slechts voor een bepaalde gelegenheid geschieden".

74. Grof gesteld is artikel 45, eerste alinea, EG voor de Commissie in essentie een met de notie „dwang" verbonden bepaling, terwijl de lidstaten een veel ruimere uitlegging verdedigen, in die zin dat de bepaling alle handelingen omvat die specifieke en van een private handeling onderscheiden gevolgen teweegbrengen.

53 — Zie onder meer arresten van 9 november 1999, Commissie/Italië (C-365/97, Jurispr. blz. I-7773, punt 36), en 5 juni 2003, Commissie/Italië (C-145/01, Jurispr. blz. I-5581, punt 17).

1. Drie voorafgaande overwegingen van algemene aard

75. Om te beginnen wil ik drie algemene opmerkingen maken: de eerste met betrekking tot de structuur van de uit artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG voortvloeiende regel, de tweede met betrekking tot de zin of, zo men wil, de functie van artikel 45, eerste alinea, EG, en de derde met betrekking tot de toepassing van het evenredigheidsbeginsel.

a) De volgens de Commissie door de staten geschonden regel: artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG

76. Zoals ik hiervoor heb uiteengezet stelt de Commissie schending van het door de combinatie van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG gevormd normatief geheel, waaruit de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging voortvloeit. De bijzondere aard van deze niet-nakoming, die wordt gefundeerd op de samenvoeging van twee verdragsbepalingen, verdient allereerst bespreking.

77. Artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG vormen in wezen één normatieve eenheid, bestaande uit een regel (vrijheid van vestiging) en een uitzondering daarop (werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag), die samen haar werkingssfeer bepalen. De koppeling van deze twee bepalingen levert de regel op die beslissend is voor de oplossing van de onderhavige zaak. Het gaat hier niet om een regel (artikel 43 EG) die slechts *een uitzondering* kent wat betreft haar toepassing (artikel 45, eerste alinea, EG), maar om een afzonderlijke regel: namelijk de regel die de werkingssfeer bepaalt van de vrijheid van vestiging voor het verrichten van werkzaamheden die *geen* verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag. Dát is de werkingssfeer van de concrete door het Verdrag gewaarborgde vrijheid, en in die zin moet de door de Commissie verweten niet-nakoming van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG worden begrepen.

78. Dit is voorts ook het bepalende verschil dat de eerste en de tweede alinea van artikel 45 EG functioneel van elkaar scheidt. De eerste bakent, zoals wij zagen, rechtstreeks en volledig (*volkomen*), zij het negatief, de werkingssfeer van de vrijheid af door de met de uitoefening van het openbaar gezag verbonden werkzaamheden er terstond van uit te sluiten („zijn niet van toepassing"). De tweede alinea schept daarentegen eenvoudig de mogelijkheid voor het afgeleide recht, aanvullende beperkingen te stellen aan de omvang van de in het Verdrag neergelegde vrijheid zoals die uit het samenstel van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea volgt. Deze algemene, hoewel nog nooit gebruikte, mogelijkheid van een specifieke afwijking van de vestigingsvrijheid wordt in de onderhavige niet-nakomingsberoepen in het geheel niet in aanmerking genomen. En juist door

de tweede alinea tegenover de eerste te stellen kan de functie en de draagwijdte van deze laatste worden begrepen en verklaard.

79. Artikel 43 EG kent derhalve niet een vrijheid toe, namelijk de vrijheid van vestiging, waarop *vervolgens* in artikel 45, eerste alinea, EG een uitzondering wordt gemaakt. Anders geformuleerd: het gaat niet om een uitzondering op de toepassing van een regel, maar om een uitzondering die constitutief voor de regel die in het Verdrag de werkingssfeer van de vrijheid bepaalt. Op de lidstaten rust derhalve de verplichting daadwerkelijke vrijheid van vestiging tot stand te brengen voor economische werkzaamheden die geen verband houden, zelfs niet voor een bepaalde gelegenheid, met de uitoefening van het openbaar gezag. De aldus door artikel 45, eerste alinea, bepaalde draagwijdte van artikel 43 EG zal ik hierna aanduiden als „de negatieve werkingssfeer van de vrijheid van vestiging".

b) De moeilijke duiding van artikel 45, eerste alinea, EG

80. De tweede algemene inleidende opmerking is reeds van inhoudelijke aard. Het lijkt bij voorbaat duidelijk dat met de bepaling economische „werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag" in artikel 45, eerste alinea, EG naar een *fremdkörper* in de fenomenologie van het moderne openbaar gezag wordt verwezen. Als gevolg van de scheiding tussen de publieke en de private sfeer, of zo men wil de staat en de maatschappij, die kenmerkend is voor de moderne politieke wereld, zijn er thans in beginsel geen tot de uitoefening van het openbaar gezag behorende werkzaamheden meer die niet in de drie machten zijn geïntegreerd waarin het openbaar gezag pleegt te worden onderverdeeld. Een geprivatiseerde (of niet-statelijke) economische activiteit, die niettemin het karakter heeft van uitoefening van het openbaar gezag, is derhalve iets betrekkelijk *onverwachts* in het stelsel van het Verdrag. En toch valt dit nog steeds te lezen in het huidige artikel 51 VWEU, voorheen artikel 45, eerste alinea, EG, en zulks reeds sinds de eerste versie van het EEG-Verdrag van 1957**.** Dezelfde bepaling komt overigens terug in de artikelen 23 en 27 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Vrijhandelsassociatie.

81. Het zou voor de hand liggen ervan uit te gaan dat het feit dat deze bepaling gedurende het gehele ontwikkelingsproces van het primaire recht is gehandhaafd, moet beantwoorden aan een bepaald doel, de uitdrukking moet zijn van een daaraan ten grondslag liggende gedachte.[54] De enig logische verklaring is dat de staten, als opstellers van

54 — Zie Tomuschat, Chr., „Der Vorbehalt der Ausübung öffentlicher Gewalt in den Berufsfreiheitsregelungen des EWG-Vertrages und die freie Advokatur im Gemeinsamen Markt", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht,* nr. 27, 1967, blz. 53 e.v.

de verdragen, en wellicht op basis van hun eigen rechtscultuur en juridische traditie, zich ervan bewust waren dat hun rechtsstelsels — althans een aanzienlijk aantal ervan — bepaalde werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag kenden die niet door de overheid zelf werden verricht, maar integendeel werden uitgeoefend als economische activiteiten of als activiteiten in handen van private partijen. Een scenario waarin geconcludeerd zou moeten worden dat dit voor geen enkele van de bestaande werkzaamheden *voorstelbaar* was, zou die uitlegging op losse schroeven zetten.

82. Anderzijds zou artikel 45, eerste alinea, EG ook in die zin kunnen worden uitgelegd dat het is bedoeld als een bevoegdheidstoekenning aan de staten tot het doorvoeren van een onbeperkte of algemene privatisering van het openbaar gezag (een bijzondere devolutie), waardoor dit het karakter zou krijgen van een „economische activiteit". Dat lijkt mij niet het geval. Artikel 45, eerste alinea, EG dient integendeel juist veeleer te worden gezien als een bepaling *met verleden* dan als een bepaling met toekomst. De waarschijnlijk meest adequate uitlegging van artikel 45, eerste alinea, EG is dat het Verdrag economische activiteiten, die bij uitzondering nog een band met het politieke overheidsgezag behouden, heeft willen uitzonderen van de vrijheid van vestiging. Het Verdrag laat de staten uiteraard de volle vrijheid om dit soort economische activiteiten te handhaven of te beëindigen. Wanneer de staten deze echter handhaven, zijn zij op grond van het Verdrag rechtstreeks uitgesloten van de vrijheid van vestiging. In die zin zou kunnen worden gedacht aan een facultatieve stand still-clausule.

c) Toepassing van het evenredigheidsbeginsel

83. In het kader van de onderhavige procedures hebben de lidstaten aangevoerd dat de toepassing van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG geen evenredigheidstoetsing toelaat. Wanneer aan de vereisten van artikel 45, eerste alinea, EG is voldaan is volgens hen de mogelijkheid van een graduele toepassing van de regel uitgesloten. Maar die graduering is nu juist de functie van het evenredigheidsbeginsel bij de toepassing op een uitzondering op de vrijheden, want aan de hand van dit instrument moet worden bepaald in hoeverre een beperking van een vrijheid noodzakelijk is voor de verwezenlijking van legitieme doelstellingen van veiligheid,

volksgezondheid en openbare orde.[55] De verwerende staten stellen alle dat artikel 45, eerste alinea, EG geen evenredigheidstoetsing toelaat; dit is een, om zo te zeggen, „of of"-bepaling: óf zij is toepasselijk, óf zij is dat niet, maar laat geen ruimte voor afweging bij de uitleg.

84. Het Hof heeft zijn onderzoek in gevallen waarin de uitlegging van artikel 45, eerste alinea, EG aan de orde was, steeds beperkt tot de vraag of de werkzaamheid rechtstreeks en daadwerkelijk deelneming inhield aan de uitoefening van het openbaar gezag. Zoals ik hierna zal uiteenzetten, is er echter voor het Hof nooit aanleiding geweest om verder te gaan dan de eerste fase van het onderzoek inzake de toepassing van artikel 45, eerste alinea, EG. Het heeft zich op basis van een primaire begripsmatige benadering steeds kunnen beperken tot de vaststelling dat de betrokken werkzaamheid geen deelneming was aan de uitoefening van het openbaar gezag. Met andere woorden, de gevallen waarin het Hof zich heeft moeten uitspreken over de uitlegging van artikel 45, eerste alinea, EG konden worden opgelost zonder de noodzaak van een diepgaande verkenning van de bijzonderheden van de conceptuele structuur van de categorie „openbaar gezag".[56] Wanneer echter een bevestigend antwoord niet tot de onmogelijkheden behoort, zal het Hof een volgende stap in zijn onderzoek moeten zetten. In deze tweede fase van uitlegging moet, rekening houdend met de mate van deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag van de werkzaamheid, worden vastgesteld of de betrokken nationale maatregel noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG.

85. De conclusie moet derhalve zijn dat artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG een evenredigheidstoets toelaten.

86. De evenredigheid moet in voorkomend geval bij de genoemde bepalingen worden getoetst volgens de wijze waarop het Hof in zijn rechtspraak ter zake te werk gaat[57], waarbij enerzijds moet worden beoordeeld hoe ingrijpend de genomen maatregel is, en anderzijds in hoeverre de litigieuze activiteit deelneming inhoudt aan de uitoefening van het openbaar gezag. Naarmate de deelneming directer of onmiddellijker is, zullen meer maatregelen door artikel 45, eerste alinea, EG gedekt worden. Hoe minder direct, hoe beperkter de maatregelen die onder deze bepaling gerechtvaardigd zijn, zowel naar aantal als wat intensiteit betreft.

55 — Artikel 46, eerste alinea, EG. Deze bepaling is door het Hof uitgelegd met toepassing van een evenredigheidstoets per geval, zoals blijkt uit een uitgebreide rechtspraak. Zie van de meest recente arresten onder meer, arresten van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punten 61 e.v., en van 3 oktober 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Jurispr. blz. I-9521, punt 46). Zie over het evenredigheidsbeginsel en de rol ervan als afwegingsinstrument in het kader van de vrijheden, Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2e dr., Oxford University Press, Oxford, 2006, blz. 193 e.v., en Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milaan, 1998, blz. 103 e.v.

56 — Zie onder andere Henssler, M., en Kilian, M., „Die Ausübung hoheitlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 EG", *Europarecht*, 2005, blz. 192 e.v.

57 — Zie de arresten vermeld in voetnoot 55.

2. Werkzaamheid ter uitoefening van het openbaar gezag

a) De rechtspraak van het Hof

87. Bezien wij de stand van de rechtspraak met betrekking tot artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG tot nu toe, dan valt allereerst op dat het Hof steeds weer heeft benadrukt dat een enge uitlegging moet worden aangehouden. Sinds het arrest van 1974 in de zaak Reyners [58] is al duidelijk dat het Hof het toepassingsgebied van de bepaling tot een zeer eng gebied zou beperken. Dit blijkt met name uit het feit dat het Hof in de meer dan een halve eeuw van zijn bestaan en een vijftiental arresten nog steeds niet heeft uitgesproken dat een bepaalde werkzaamheid onder artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG valt.

88. In de tweede plaats heeft de rechtspraak gepreciseerd dat een „werkzaamheid" niet gelijkstaat aan een „beroep". Het feit dat een werkzaamheid deelneming behelst aan de uitoefening van het openbaar gezag betekent op zichzelf niet dat artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG van toepassing is op alle andere werkzaamheden die door de betrokken beroepsbeoefenaar worden verricht. Op grond van dit uitgangspunt heeft het Hof verklaard dat een uitbreiding van de werkingssfeer en de toepassing van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG tot een geheel beroep slechts dan geoorloofd is, wanneer de werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag daarmee onlosmakelijk zijn verbonden. Zoals het Hof in het vermelde arrest Reyners heeft verklaard, valt deze uitbreiding niet te aanvaarden, „wanneer bij een onafhankelijk beroep de werkzaamheden waardoor men eventueel aan de uitoefening van het openbaar gezag deelheeft, een afzonderlijk onderdeel vormen van de betrokken beroepswerkzaamheden". [59]

89. In de derde plaats heeft het Hof in het arrest Reyners gepreciseerd dat de werkingssfeer van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG beperkt is tot „die werkzaamheden welke, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen", [60] zonder dat de lidstaten dienaangaande eenzijdige voorschriften mogen vaststellen die de werkingssfeer ervan zouden uitbreiden of beperken. [61]

90. Als vierde en laatste te vermelden aspect uit de rechtspraak is tot slot relevant dat moet worden nagegaan welke specifieke taken worden verricht in het kader van elk van de werkzaamheden, met bijzondere aandacht voor de concrete omstandigheden van het geval, die

58 — Arrest van 21 juni 1974, Reyners (2/74, Jurispr. blz. 631).

59 — Reeds aangehaald arrest, punt 47.

60 — Reeds aangehaald arrest, punt 45.

61 — Arrest van 15 maart 1988, Commissie/Griekenland (147/86, Jurispr. blz. 1637, punt 8).

het Hof verplichten zich te verdiepen in niet altijd even makkelijk te beantwoorden vragen van nationaal recht. Sinds het arrest Reyners was duidelijk geworden dat de kenmerken waaraan voor de toepassing van artikel 45, eerste alinea, EG moet worden voldaan „voor elke lidstaat afzonderlijk moeten worden beoordeeld aan de hand van de nationale bepalingen betreffende de inrichting en uitoefening van dat beroep". [62] Deze vaststelling heeft er mede toe geleid dat de rechtspraak casuïstisch is, weinig duidelijk maakt en sterk gebonden is aan de bijzonderheden van de betrokken werkzaamheid, zozeer zelfs dat er niet één arrest is waarin het Hof heeft vastgesteld wat moet worden verstaan onder de termen „rechtstreekse", „specifieke" of „openbaar gezag".

91. Feitelijk komt het erop neer dat, zoals ik reeds heb opgemerkt, in de tot heden door het Hof gewezen arresten niet is vastgesteld dat een werkzaamheid een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhoudt. [63] Het beroep van advocaat [64], docent of directeur van een particuliere school [65], het beheer van systemen voor automatische gegevensverwerking voor de overheid [66], verzekeringscommissarissen [67], de technische controle van voertuigen [68], de verkoop van weddenschappen en loterijen [69], de particuliere beveiliging [70], openbare ambulancediensten [71] of particuliere controleorganisaties voor producten uit de biologische landbouw [72], al deze werkzaamheden heeft het Hof onderzocht en in alle gevallen heeft het beslist dat het geen met de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 45, eerste alinea, EG verband houdende activiteiten betrof. [73]

62 — Reeds aangehaald arrest, punt 49.

63 — De Duitse Bondsrepubliek stelt dat het Hof in het arrest van 5 oktober 1994, Van Schaik (C-55/93, Jurispr. blz. I-4837), heeft vastgesteld dat een economische activiteit deelneming inhield aan de uitoefening van het openbaar gezag. In punt 16 van dit arrest verklaarde het Hof dat, wanneer een lidstaat in andere lidstaten gevestigde garagebedrijven een erkenning voor autokeuringen zou verlenen, dit zou neerkomen op een uitbreiding van een overheidsprerogatief tot buiten het nationale grondgebied. Het Hof oordeelde dat de bevoegdheid om vergunningen te verlenen, en niet de economische activiteit waarvoor vergunning was verleend, onder de uitoefening van het openbaar gezag viel.

64 — Arrest Reyners, reeds aangehaald.

65 — Arrest Commissie/Griekenland, reeds aangehaald.

66 — Arrest van 5 december 1989, Commissie/Italië (C-3/88, Jurispr. blz. 4035).

67 — Arrest van 13 juli 1993, Thijssen (C-42/92, Jurispr. blz. I-04047).

68 — Arrest van 22 oktober 2009, Commissie/Portugal (C-438/08, Jurispr. blz. I-10219), en arrest Van Schaik, reeds aangehaald.

69 — Arrest van 26 april 1994, Commissie/Italië (C-272/91, Jurispr. blz. I-1409).

70 — Arrest van 29 oktober 1998, Commissie/Spanje (C-114/97, Jurispr. blz. I-6717); 9 maart 2000, Commissie/België (C-355/98, Jurispr. blz. I-1221); 31 mei 2001, Commissie/Italië (C-283/99, Jurispr. blz. I-4363), en 13 december 2007, Commissie/Italië (C-465/05, Jurispr. blz. I-11091).

71 — Arrest van 29 april 2010, Commissie/Duitsland (C-160/08, Jurispr. blz. I-3713).

72 — Arresten van 29 november 2007, Commissie/Duitsland (C-404/05, Jurispr. blz. I-10239), en 29 november 2007, Commissie/Oostenrijk (C-393/05, Jurispr. blz. I-10195).

73 — Dit wil niet zeggen dat het Hof altijd volstrekt vaag is gebleven wat betreft mogelijk onder artikel 45, eerste alinea, EG vallende werkzaamheden, zoals in de reeds aangehaalde zaak Van Schaik, of zelfs onder artikel 39, lid 4, betreffende het vrij verkeer van werknemers, waarin als obiter dicta expliciete verwijzingen te vinden zijn naar werkzaamheden die in theorie onder deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag zouden kunnen vallen, zoals bijvoorbeeld die van de politie en de tot het opstellen van akten gemachtigde ambtenaren in het arrest van 30 september 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Jurispr. blz. I-10391).

b) Noodzaak van nadere definiëring van de notie openbaar gezag

92. Zoals ik hiervoor heb uiteengezet zijn er in de rechtspraak weinig aanknopingspunten te vinden voor het bepalen van de aard of de hoedanigheid van het in de onderhavige bepaling bedoelde „openbaar gezag". Onvermijdelijk zal de bepaling van wat onder openbaar gezag in de zin van artikel 45, eerste alinea, EG moet worden verstaan [74] uitgaan van een bepaald „Vorverständnis" van de notie openbaar gezag als algemene categorie in de staatstheorie, waaronder de Unie als statengemeenschap noodzakelijkerwijs begripsmatig geschaard moet worden. [75]

93. In deze context is „openbaar gezag" bovenal „gezag", dus het vermogen om een gedrag dwingend voor te schrijven krachtens een onweerstaanbare wil. Overeenkomstig een algemeen aanvaarde uitlegging en in zijn hoogste vorm berust dit vermogen uitsluitend bij de staat, dit wil zeggen bij het instituut dat de rechtsorde als instrument van bestuur en organisatie van legitieme macht belichaamt. [76] Openbaar gezag is in deze zin het gezag van de soeverein, qui superiorem non recognoscens in regno suo.

94. Dit betekent dat er in de staat geen andere legitieme macht bestaat dan die uitgeoefend door het openbaar gezag, hetzij in het belang van het bestaan van de staat en de verwezenlijking van zijn doeleinden (algemeen belang), hetzij ten dienste van gerechtvaardigde verwachtingen van particulieren omtrent het gedrag van de een jegens de ander (particulier belang). In dit laatste geval steeds met inachtneming van de vooraf vastgestelde voorwaarden. [77]

95. Het doel waarop de door de staat gemonopoliseerde en uitgeoefende macht is gericht is een eerste criterium bij het trekken van de scheidslijn tussen openbaar gezag en particulieren. Het openbaar gezag moet immers zorgdragen voor de verwezenlijking van die doelstellingen van algemene aard die de legitimiteitsgrondslag vormen van de door de politieke macht gekozen concrete staatsvorm (in Europa is de sociale en democratische rechtsstaat de standaard). De particulieren kunnen zich daarentegen, gebruikmakend van hun autonomie, als individuen richten op

74 — In de onderscheiden taalversies worden overigens twee verschillende termen door elkaar gebruikt waar theoretisch enig onderscheid tussen te maken zou zijn, namelijk „autoriteit" en „openbaar gezag". De eerste term wordt bijvoorbeeld gebruikt in de Franse („l'exercice de l'autorité publique"), de Engelse („the exercise of official authority"), de Portugese („exercício da autoridade pública"), de Roemeense („exercitării autorității publice") en de Maltese versie („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika"), terwijl „openbaar gezag" de term is die wordt gehanteerd in de Spaanse („ejercicio del poder público"), de Duitse („Ausübung öffentlicher Gewalt"), de Italiaanse („esercizio dei pubblici poteri") en de Zweedse versie („utövandet av offentlig makt").

75 — Het laatste woord over de invulling van deze notie is uiteraard aan het Unierecht, met dien verstande dat het Hof als ultieme uitlegger van dit recht bij zijn uitlegging steeds zal uitgaan van de nationale benaderingen van deze notie. Onder tal van anderen, M. Schlag, „Art. 45", *EU-Kommentar*, 2e ed., J. Schwarze (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 2009.

76 — Onder andere, in een omvangrijke reeks publicaties, Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, uitg. Giappichelli, Turijn, 1962.

77 — Buiten beschouwing blijft natuurlijk het geval waarin de macht van de ene staat wordt gemonopoliseerd door de andere, die een coëxistentie met de eerste aangaat met inachtneming van de respectievelijke door het internationaal recht afgebakende soevereiniteitsdomeinen.

de bevrediging van hun privé-belangen. En zij kunnen daarvoor desgewenst en onder de door de rechtsorde vastgestelde voorwaarden gebruikmaken van de machtsmiddelen die het openbaar gezag beheert, die in dit kader in beginsel een instrument zijn ten dienste van niet-algemene belangen.

96. Het traditioneel meest gehanteerde criterium voor het identificeren van het openbaar gezag gaat uit van het vermogen van dit gezag om eenzijdig zijn wil op te leggen, dit wil zeggen, zonder dat de instemming nodig is van degene tot wie deze wil is gericht. De particulier kan daarentegen zijn wil jegens een andere particulier slechts doorzetten met diens instemming.

97. De zaak ligt evenwel niet zo eenvoudig wanneer het — zoals voor ons geldt — gaat om een democratische staat. In deze gevallen is de instemming immers altijd in enige vorm en in laatste instantie noodzakelijk. Anderzijds moet de stelling dat de wil van het openbaar gezag absoluut onaantastbaar is worden gerelativeerd. Immers, vanuit het perspectief van de rechtsstaat, ook geldend voor de Unie, is van alle handelingen van het openbaar gezag herziening mogelijk. De soevereine macht van de democratische staat is vanuit dit perspectief veeleer auctoritas dan zuiver imperium. [78] Dus de bevoegdheid tot heersen die wordt uitgeoefend krachtens de wil van de onderworpen subjecten en veeleer wordt gevestigd door de legitimiteit van de macht dan door de pure dreiging van fysieke dwang. [79]

98. Vanuit dit perspectief bezien betekent dit dat het geen absoluut maar een relatief begrip is, dat derhalve gradaties kent. [80] Hoe groter de mogelijkheid voor het dwingend opleggen van bepaald gedrag, hoe meer het karakter van openbaar gezag wordt benaderd, waarbij evenwel het absoluut en onaantastbaar afdwingen ten enenmale buiten beschouwing blijft.

99. Met het gebruik van het doelcriterium (algemeen belang/individueel belang) of dat van de met geweldgebruik opgelegde verplichting (eenzijdig/tweezijdig) slaan wij derhalve een weg in die ons onontkoombaar in het moeras doet belanden. Want dan krijgen wij te maken met uitermate onbepaalde

78 — Zoals bekend, is soevereiniteit een hoedanigheid waarop, daar zij geacht wordt aan de staat toe te komen, niet door een van zijn organen aanspraak kan worden gemaakt, die, evenals de staat zelf, hun grondslag uitsluitend in de Grondwet vinden: „Er is slechts zo veel staat als de Grondwet vaststelt" (Häberle, P., *Europäische Verfassungslehre*, 6e editie, Nomos, Baden-Baden, 2009, blz. 187, die de gedachte van R. Smend en A. Arndt overneemt). In de constitutionele staat is er, zo wordt gesteld geen soeverein, dus is de soevereiniteit een hoedanigheid van de staat als geheel, Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimatitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaates*, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg, 1975.

79 — Gelegitimeerde macht gecompleteerd door de macht ontleend aan de uitoefening van die macht op grond van goed geregelde totstandkomingsprocedures van besluiten. In deze zin, Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, uitg. Luchterhand, Neuwied/Berlín, 1969.

80 — Zie in deze zin bijvoorbeeld Tomuschat, Chr., op. cit., blz. 69.

begrippen, aangezien zij afhankelijk zijn van relatieve grootheden en daardoor niet de minste mogelijkheid bieden tot objectiviteit. Het zijn uiteraard werkbare criteria wanneer zij worden toegepast op onmiskenbare gevallen van uitoefening van het openbaar gezag, zoals het geval is bij de werkzaamheden die directer samenhangen met de uitoefening van de overheidsprerogatieven (gewapende macht, openbare macht, rechterlijke macht, regering). Maar zij voldoen niet om andere overheidswerkzaamheden te kwalificeren die minder nauw samenhangen met de uitoefening van dwang maar niettemin kwalitatief verschillen van de private werkzaamheid.

100. In een volgende stap in deze redenering moeten wij het oog richten op de hoedanigheid van de moderne staat, die een aanzienlijk complexere machtsordening kent dan de vroegere vormen, die niet meer omvatten dan het beheer van het geweldsmonopolie door middel van uiterst vereenvoudigde procedures ter bepaling van de voorwaarden voor dwanguitoefening. Om het verschijnsel „openbaar gezag" in al zijn complexiteit te duiden is het derhalve vandaag de dag vrijwel onvermijdelijk uit te gaan van een notie van openbaar gezag die is gebaseerd op de logica van de rechtsorde waarin dat gezag wordt uitgeoefend.

101. De rechtsorde is zo gezien een proces van ordening van de uitoefening van legitieme macht, dat in voorkomend geval kan leiden tot de toepassing van die macht in een concreet geval. Op deze basis is dan ook aanvaardbaar dat de handelingen die tenslotte door de rechtsorde worden vastgesteld (wanneer het proces van de legitieme macht wordt afgerond met een handeling die dat proces beëindigt en er een definitief karakter aan verleent) de ultieme uitdrukking van de rechtsorde vormen. [81]

102. In deze benadering zou dan het bepalende criterium voor de kwalificatie van een handeling als uitvloeisel van het openbaar gezag, de aard van de band ervan met de rechtsorde van de staat zijn. De kwaliteit van een werkzaamheid zou dan moeten worden gezien als uitdrukking van een deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag op basis van het criterium van haar deelachtigheid (de mate waarin zij er *toe behoort*) aan die rechtsorde. Als criterium zou derhalve niet hebben te gelden dat zij louter in overeenstemming is met die orde, maar dat zij daar deel van uitmaakt. [82]

81 — Zie over de idee van de rechtsorde als een opeenvolging van tot een eerste positiefrechtelijke „Grundnorm", afkomstig van de hoogste macht, te herleiden attributies, Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2e ed., Deuticke, Wenen, 1960.

82 — Vandaar dat het onderzoek of een bepaalde werkzaamheid al dan niet deelneming inhoudt aan de uitoefening van het openbaar gezag niet gericht behoeft te zijn op de vraag of zij behoort tot een van de drie machten en/of overheidstaken, dus de wetgevende, de uitvoerende of de rechterlijke macht, met name tot deze laatste, zoals in de tegenargumenten in deze procedure naar voren kwam.

103. In deze zin kan de rechtspraak worden gezien als de meest uitgesproken uiting van het openbaar gezag. Met de rechterlijke uitspraken wordt het recht definitief gevonden, en in deze zin valt de rechtsorde ermee samen. [83] Maar met evenveel recht kan worden gesteld dat het openbaar gezag dat gezag is waarvan de handelingen zonder dat daarvoor iurisdictio nodig is tot recht worden. Om te beginnen is de wet „self-executive", evenals het bestuursbesluit of het bevel van de handhavingsautoriteit. Al deze handelingen en besluiten kunnen door de rechter worden getoetst, maar zij behoeven hoe dan ook geen „autorisatie" om onmiddellijk werking te krijgen.

104. Dit betekent derhalve dat een privépersoon zonder de tussenkomst van het openbaar gezag geen rechtshandelingen kan verrichten met dwingend rechtsgevolg voor een derde. Daar gewelduitoefening door particulieren is uitgesloten, is voor de verwezenlijking van hun recht altijd toestemming nodig van de overheid. Het openbaar gezag beperkt zich daarbij niet tot *homologatie* van een handeling die per se bindend rechtsgevolg jegens een derde kan hebben, zoals het geval is bij de handelingen van het bestuur, de regering of de wetgevende macht, maar treedt daarentegen in deze gevallen steeds op als *constitutieve* autoriteit met betrekking tot de verplichting die de particulier aan een derde wil opleggen. Ook al gaat het om verplichtingen die door wilsovereenstemming tot stand zijn gekomen (overeenkomst/partijautonomie), de particulier kan zonder tussenkomst van de overheid de nakoming ervan niet afdwingen.

105. Concluderend kan op grond van het voorgaande — uiteraard met de nodige abstractie — worden vastgesteld dat één van de typerende kenmerken van het openbaar gezag in de verschillende nationale tradities de mogelijkheid is om een handeling, bepaling of gedrag toe te rekenen aan de door de rechtsorde geformaliseerde staatswil. Dit is in feite de kleinste gemene deler waarop al deze tradities zijn samen te brengen, die in de toerekening van een concrete wil aan de algemene staatswil het bepalende criterium vinden voor het trekken van de scheidslijn tussen de publieke en de private sfeer.

106. Op basis van deze beschouwingen kunnen wij de centrale vraag betreffende de werkzaamheid van de notaris thans met iets meer vaste grond onder de voeten onderzoeken.

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

3. De vraag of de notariële werkzaamheid, en met name de authenticatie, onder de negatieve werkingssfeer valt van de vrijheid van vestiging

107. Vooraf past hier evenwel nog een waarschuwing. De vraag of de notariële werkzaamheid valt binnen wat ik de „negatieve werkingssfeer" van de vrijheid van vestiging heb genoemd, is — ik hoef het eigenlijk niet meer te zeggen — niet alleen niet beantwoord in de rechtspraak van het Hof, maar is reeds langer onderwerp van een diepgaande en brede discussie, waar zowel in de schriftelijke opmerkingen als gedurende de lange terechtzitting van 27 april van dit jaar vaak en veel naar is verwezen. In de rechtspraak is zeker hier en daar een passage te vinden waarin een geneigdheid tot een bevestigend antwoord is te lezen. [84] Maar er kan werkelijk niet gesteld worden dat het Hof in de gelegenheid is geweest om de vraag met de vereiste diepgang te onderzoeken.

108. Dat de discussie breed en hevig is geweest blijkt anderszins ook meer dan duidelijk uit de met een tussenpoos van jaren door het Europees parlement uitgebrachte standpuntbepalingen. [85] Dat geldt ook voor punt 41 van de considerans van richtlijn 2005/36, daargelaten de vraag of deze nu zo helder is, maar daar kom ik later op terug. Het is in elk geval duidelijk dat geen van deze verklaringen de taak van het Hof om het laatste woord te spreken bij de uitlegging van de Verdragen kan vervullen of het Hof daarvan kan ontslaan.

a) De authenticatie als kerntaak van de notarissen in de verwerende staten

109. Laten wij allereerst in elk geval nog even in herinnering roepen dat zowel de staten als de Commissie erkennen dat de kern van de notariële werkzaamheid wordt gevormd door de bevoegdheid tot authenticatie en de hieraan verbonden gevolgen: de uitvoerbaarheid en de bewijskracht. Sommige lidstaten, zoals België en Oostenrijk, hebben enkele bijkomende taken vermeld die de notaris in hun rechtsstelsels vervult en die aspecten van openbaregezagsuitoefening weerspiegelen. Zij zijn het er echter, met inbegrip

84 — In de reeds aangehaalde zaak Colegio de Oficiales de la Marina Mercante heeft het Hof in een geval dat weliswaar artikel 39, lid 4, EG betrof, bevestigd dat „het Spaanse recht [...] bevoegdheden [verleent] op notarieel gebied en ter zake van de burgerlijke stand, die niet uitsluitend door vereisten in verband met het gezag over het schip kunnen worden verklaard. Met dergelijke taken wordt deelgenomen aan de uitoefening van bevoegdheden van het openbaar gezag ter bescherming van de algemene belangen van de vlagstaat" (punt 42).

85 — Zie de resoluties van het Europees Parlement van 18 januari 1994 en van 23 maart 2006, waarin wordt verklaard dat het beroep van notaris rechtstreeks en daadwerkelijk deelneemt aan uitoefening van het staatsgezag. Resolutie 2006 verklaarde expliciet: het Parlement „is van oordeel dat artikel 45 van het Verdrag ten volle toepasselijk is op het beroep van civielrechtelijke notaris als dusdanig" en baseerde dit op het feit dat „de gedeeltelijke delegatie van staatsmacht een origineel element is, dat inherent is aan de uitoefening van het beroep van een civielrechtelijk notaris, en dat deze delegatie gewoonlijk ook op regelmatige basis wordt uitgeoefend en een groot deel van de taken van een dergelijke notaris uitmaakt".

van de Commissie, alle over eens dat de authenticatie en de gevolgen die deze heeft, de werkzaamheid is die bij uitstek kenmerkend is voor het notariaat, waarzonder het geen bestaansreden zou hebben.

110. De voornaamste reden voor de voeging van de zes niet-nakomingsberoepen voor deze conclusie is het gegeven dat van een „notariële werkzaamheid" kan worden gesproken in termen die op al deze staten van toepassing zijn. Voor de zes staten geldt namelijk dat het gaat om een kernactiviteit van „authenticatie" met in hoge mate gelijke gevolgen in de respectieve rechtsstelsels. Vanzelfsprekend doen zich op het vlak van de nationale soevereiniteit verschillen voor, hetzij omdat de staat deze taken zelf, door zijn eigen organen, rechtstreeks uitoefent, dan wel omdat hij de gevolgen van de notariële interventie op „openbare" documenten sterk afzwakt. Een voorbeeld van het eerstgenoemde geval is Portugal tot aan de hervorming van het notarisberoep, of Baden-Württemberg; en voor het tweede zou Portugal in theorie eveneens als voorbeeld kunnen dienen, gezien het grondige hervormingsproces dat de afgelopen tien jaar is doorgevoerd. [86] Het antwoord op de vraag die in de onderhavige beroepen wordt opgeworpen moet kortom worden gevonden op basis van een kwalificatie van bepaalde beroepswerkzaamheden zoals die thans in de betrokken staten zijn gereglementeerd. Een wijziging van deze regeling kan uiteraard haar invloed hebben op het door het Hof te geven antwoord.

111. Voorts moet er hier, in het verlengde van het arrest Reyners en zoals hiervoor reeds duidelijk is geworden, op worden gewezen dat wat ik heb aangeduid als de negatieve werkingssfeer van de vrijheid van vestiging uitsluitend van toepassing is op een gehele werkzaamheid wanneer „bij een onafhankelijk beroep de werkzaamheden waardoor men eventueel aan de uitoefening van het openbaar gezag deelheeft, een afzonderlijk onderdeel vormen van de betrokken beroepswerkzaamheden". [87] Ik ga er derhalve met de lidstaten en de Commissie vanuit dat de authenticatie en de eraan verbonden gevolgen een onsplitsbaar onderdeel vormen van de notariële werkzaamheid als geheel. Wanneer nu kan worden vastgesteld dat deze werkzaamheid een rechtstreekse en specifieke deelneming is aan het openbaar gezag, zou de notariële werkzaamheid, opgevat als het

86 — Zie over het specifieke geval van het Portugese notariaat, mijn conclusie in de zaak Commissie/Portugal, van dezelfde dag als de onderhavige (C-52/08, arrest van 24 mei 2011, Jurispr. blz. I-4275).

87 — Reeds aangehaald arrest, punt 47.

beroep in zijn geheel, vallen onder artikel 45, eerste alinea, EG.

112. In de zes verwerende staten bestaat de taak van de notaris in hoofdzaak uit het opmaken van authentieke akten die twee hoofdkenmerken hebben: volledige bewijskracht en uitvoerbaarheid. [88] In een beschrijving die voor al deze staten ruimschoots opgaat en onder verwijzing naar het aan het begin van deze conclusie gegeven overzicht, kan dan worden gezegd dat de notaris bij de authenticatie optreedt op verzoek van een of meer partijen en een controle verricht van de wettigheid van de akte die hij voor waar verklaart. De tussenkomst van de notaris is, afhankelijk van de akte die moet worden geauthenticeerd, wettelijk voorgeschreven dan wel facultatief, en de notaris vergewist zich er steeds van dat aan alle wettelijke vereisten is voldaan voor het opmaken van de akte, alsmede dat partijen rechtsbevoegd en handelingsbekwaam zijn. [89]

113. De door de notaris verleden akten hebben volledige bewijskracht gelijkwaardig aan die van akten van een overheidsorgaan, en zijn slechts vatbaar voor tegenbewijs voor de rechter. Er is derhalve correctie mogelijk van de door de notaris verrichte beoordeling, echter via een bijzondere procedure. [90]

114. De authentieke akte heeft voorts executoriale werking in het gehele grondgebied van de staat. Voor de tenuitvoerlegging van de notariële akte is derhalve geen toestemming nodig van de schuldenaar (al moet zij hem wel betekend worden); zij kan rechtstreeks door een overheidsautoriteit worden verricht. De schuldenaar die zich tegen de tenuitvoerlegging wil verzetten kan daartoe een incidenteel executiegeschil aanhangig maken bij de rechter. [91]

b) De authenticatie als onderdeel van de uitoefening van het openbaar gezag

115. Het antwoord op de ongetwijfeld belangrijkste vraag in de onderhavige nietnakomingsberoepen vloeit nagenoeg logisch voort uit hetgeen ik hiervoor heb uiteengezet betreffende de bepalende criteria voor het openbaar gezag. Waar een van de meest karakteristieke kenmerken van de moderne staat in wezen zijn band met de rechtsorde is, wordt het antwoord op de vraag in beslissende mate bepaald door het vermogen van een bepaalde werkzaamheid om de inrichting van een rechtsorde te beïnvloeden.

116. Staat u mij toe enige van deze overwegingen nog eens in herinnering te brengen: de staatswil vindt haar ultieme uitdrukking in de rechterlijke uitspraken, de wilsuitdrukking

88 — Zie de punten 13, 20, 27, 34, 42 en 49 van deze conclusie.

89 — Zie de punten 14, 21, 28, 35, 36, 43 en 50 van deze conclusie.

90 — Zie de punten 15, 22, 29, 37, 44 en 51 van deze conclusie.

91 — Zie de punten 16, 23, 30, 38, 45 en 52 van deze conclusie.

kan vooraf zijn gegaan door akten die, afhankelijk van degene die ze heeft opgemaakt, in meer of mindere mate voor onmiddellijke tenuitvoerlegging vatbaar kunnen zijn. Voorts hebben wij gezien dat juist de mate waarin die onmiddellijke executie mogelijk is, het meest zekere criterium is ter identificatie van het openbaar gezag. Uiteraard kan tegen elke voorgenomen tenuitvoerlegging altijd in rechte worden opgekomen, en in dat geval is het wederom de rechter die definitief beslist. Die wezenlijke regelende functie van de rechter kan worden vervuld in het kader van de oplossing van een concreet geschil, in het bijzonder in het geval van tegengestelde particuliere aanspraken (dus gebaseerd op de rechten van particulieren tegenover andere particulieren in het civiele rechtsverkeer).

117. Nu kan, en dit is in casu van eminent belang, een bepaalde nationale rechtsorde ook ervoor kiezen om zogezegd te *anticiperen* op het geschil (en het derhalve voorkomen). En dan met name door een openbaar karakter (met juridische bewijswaarde en executoriale kracht) te verlenen aan bepaalde overeenkomsten en besluiten van particulieren, die op zichzelf anders niet op een hogere status dan handelingen van privépersonen aanspraak zouden kunnen maken. Met deze overheidsinterventie verleent het openbaar gezag veiligheid en zekerheid aan handelingen van particulieren en zorgt het derhalve voor een geregeld rechtsverkeer. Los daarvan blijft natuurlijk een optreden van de rechter altijd mogelijk wanneer ondanks alles toch een geschil is gerezen. [92] Niet geheel zuiver, maar wel welsprekend, heeft deze anticiperende pacificerende functie die de notariële authenticatie kenmerkt, de aanduiding „preventieve rechtspleging" gekregen.

118. Anders gezegd, in het in de punten 92 en 105 van deze conclusie geschetste conceptuele kader oefenen de notarissen door de authenticatie rechtstreeks en specifiek een openbare werkzaamheid uit, in die zin dat zij hiermee de particulieren toestemming verlenen om het hun toekomende recht uit te oefenen dat zij anders in elk concreet geval bij de rechter zouden moeten vorderen. De notariële tussenkomst maakt het beroep op een andere openbare instantie overbodig wanneer men bewijs wil leveren van de door de notaris geauthenticeerde waarheid, en verleent de authentieke akte derhalve een gekwalificeerde, openbare, rechtskracht, die uitsluitend en alleen voor de rechter kan worden aangevochten (zoals overigens elke handeling van het openbaar gezag). Uiteraard is niet de onvatbaarheid voor rechterlijke toetsing, onbestaanbaar in een rechtsstaat, het bepalende kenmerk van openbaar gezag, maar het gekwalificeerde vermoeden van rechtmatigheid

92 — Zie hierover, De Otto, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerie van Justitie, Madrid, 1989.

van zijn handelingen, en bijgevolg een hoog niveau van de aan de controle ervan gestelde eisen.

119. Het behoeft geen betoog dat de notaris geen dwang uitoefent of eenzijdig een verplichting oplegt. Maar dat is, zoals wij hebben gezien, niet het enige criterium om vast te stellen of het om openbaar gezag gaat. De authenticatie verleent de handelingen van particulieren een openbaar karakter, in die zin dat zij er op voorhand een rechtskracht aan verleent die particulieren zich zonder notariële tussenkomst noodzakelijkerwijs van een (andere) overheidsinstantie zouden moeten verschaffen om ze rechtens tot gelding te brengen. Men zou kunnen zeggen dat het gaat om openbaar gezag dat wordt uitgeoefend op het gebied dat het nauwst op dat van de particulieren aansluit, dat bij uitstek het domein is van de wilsautonomie. Maar de openbare dimensie ervan is onmiskenbaar, gezien het vermogen om aan het puur particuliere een openbaar karakter toe te kennen en het aldus de aan het openbaar gezag inherente kracht te verlenen. [93]

120. Iets anders is dat de uitoefening van de notariële werkzaamheid, op grond van de, om het zo te stellen, geringere intensiteit van de band die zij heeft met de uitoefening van het openbaar gezag in engere zin (door de band met de bevoegdheden van de soevereine staatsmacht), aan minder strikte voorwaarden kan worden onderworpen dan gelden voor de rechtstreekser bij het tot uitdrukking brengen van de soevereiniteit betrokken autoriteiten.

121. Aangezien de authenticatie die functie vervult is zij naar mijn inzicht een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag, door besluiten, handelingen en gedragingen die anders niet meer juridische waarde zouden hebben dan die van een particuliere wilsuiting, van een eigen kwaliteit te voorzien. Past men het arrest Reyners toe op deze conclusie, dan moet, aangezien in alle verwerende staten de authenticatie de onlosmakelijke kern is van de notariële werkzaamheid, worden vastgesteld dat het notarisberoep in het algemeen en in zijn geheel genomen een rechtstreekse en specifieke deelneming vormt aan de uitoefening van het openbaar gezag.

122. Toch is deze conclusie op zich mijns inziens nog geen voldoende antwoord op het eerste middel van de onderhavige niet-nakomingsberoepen.

93 — Enige — symbolische — bijzonderheden waarop door enkele staten is gewezen kunnen dienen ter bevestiging van de stelling die ik hier verdedig. Bijvoorbeeld het feit dat de notarissen in een aantal lidstaten het zegel van de staat ontvangen en gebruiken. Een ander goed voorbeeld van de openbare functie van de notaris is de executieformule die hij soms uitspreekt, zoals bijvoorbeeld in Frankrijk: „En conséquence, la République Française mande et ordonne à tous huissiers de justice, sur ce requis de mettre les présentes à exécution. Aux Procureurs Généraux et aux Procureurs de la République près des Tribunaux de Grande instante d'y tenir la main. A tous Commandants et Officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis".

4. De nationaliteitsclausule getoetst aan het evenredigheidsbeginsel

123. Tot zover heb ik het functionele aspect van het notarisberoep in de verwerende staten onderzocht. De Commissie heeft echter haar verzoek tot vaststelling van de nietnakoming specifiek op één onderdeel van het statuut van de notarissen gericht: de nationaliteitsclausule. Derhalve zal ik in het hiernavolgende onderzoeken of het feit dat het notarisberoep valt binnen de „negatieve werkingssfeer van de vrijheid van vestiging" al dan niet noodzakelijkerwijs impliceert dat deze clausule rechtmatig is. Dit betekent, zoals ik reeds had aangekondigd, dat een evenredigheidstoets moet worden verricht waarin enerzijds de discriminatie op grond van nationaliteit in aanmerking wordt genomen en anderzijds de mate van verbondenheid van de notariële werkzaamheid met het openbaar gezag.

a) Het statuut van de notaris

124. Aan de functie is vanzelfsprekend een status verbonden, en deze status bevestigt de kwalificatie die aan de functie wordt toegekend. De notaris is aldus een openbaar ambtenaar die de staat vertegenwoordigt, al wordt de werkzaamheid aangemerkt als een vrij beroep. Hij wordt voor het leven benoemd en is onderworpen aan een tuchtregeling zoals die ook geldt voor vertegenwoordigers van het openbaar gezag. [94]

125. In de functionele aard van de relatie tussen de notaris en de staat komt uitdrukkelijk de band met het openbaar gezag tot uiting. Die band ontstaat bij de ambtsaanvaarding, omdat voor de toegang tot het beroep is voorzien in toelatingstoetsen die te vergelijken zijn met die voor het ambtenarencorps, en eveneens een eed moet worden afgelegd. Het statuut brengt derhalve de institutionele aard van de band tussen de notaris en de staat tot uitdrukking en stelt hem in staat de staatswil te formaliseren door het verlijden van privaatrechtelijke akten.

126. Wegens deze band hebben de verwerende staten in hun wetgeving het bezit van de betrokken nationaliteit als vereiste gesteld voor toegang tot het notarisberoep. Dit vereiste, dat tot een directe discriminatie op grond van nationaliteit leidt en dat klaarblijkelijk deel uitmaakt van het persoonlijke statuut van degene die het notarisberoep uitoefent, is volgens de Commissie in strijd met artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG en dient, zoals ik nog zal uiteenzetten, aan een evenredigheidstoets te worden onderworpen.

94 — Zie de punten 18, 25, 32, 40, 47 en 54 van deze conclusie.

b) Discriminatie op grond van nationaliteit in het licht van artikel 43 EG, en artikel 45, eerste alinea, EG

127. Zoals ik in de punten 83 tot en met 86 van deze conclusie heb uiteengezet moet bij de toepassing van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG niet alleen worden beoordeeld of een werkzaamheid deelneming inhoudt aan de uitoefening van het openbaar gezag, maar moet vervolgens ook worden onderzocht of de litigieuze nationale regeling in het licht van het evenredigheidsbeginsel, gerechtvaardigd wordt door de met beide bepalingen nagestreefde doelstellingen.

128. In de eerste plaats moet worden opgemerkt dat artikel 45, eerste alinea, EG, niettegenstaande de wellicht meest „spontane" uitlegging die men eraan heeft kunnen geven, en in weerwil van het feit dat de rechtspraak wellicht in tegengestelde richting wijst [95], in het geheel niets zegt over discriminatie op grond van nationaliteit. De traditionele associatie van artikel 45, eerste alinea, EG met de nationaliteitsvereisten moet dan ook met de nodige reserve worden bezien, want die relatie is gelegd als gevolg van de zaken waarin het Hof zich tot nu toe heeft moeten uitspreken, maar zij vloeit niet voort uit een *noodzakelijke* band tussen beide. [96] Ik vestig er de aandacht op dat de redactie van artikel 45, eerste alinea, EG nooit is gewijzigd sinds die bepaling is vastgesteld, terwijl het Verdrag wel, zelfs grondig is gewijzigd. Terwijl de uitlegging van artikel 45, eerste alinea, EG in de aanvang verbonden kon zijn geweest met de nationaliteit, mag de hervorming van de oprichtingsverdragen gedurende de laatste twintig jaar niet tot de ietwat voorbarige conclusie leiden dat deze bepaling noodzakelijkerwijs vooronderstelt dat de lidstaten gerechtigd zijn om zonder meer discriminaties op grond van nationaliteit in te voeren.

129. In de tweede plaats behoeft het nauwelijks betoog dat discriminatie op grond van nationaliteit geen willekeurige maatregel is, die uitsluitend de belemmering van het vrij verkeer tot gevolg heeft. Integendeel, deze vorm van discriminatie heeft voor het Unierecht een zeer bijzondere dimensie, want vóór alles is zij de meest onverholen uiting van nationaal protectionisme. [97] In een Unie

95 — Zie de reeds in de voetnoten 64 tot en met 73 aangehaalde arresten.

96 — Dit wordt bevestigd door het feit dat artikel 45, eerste alinea, EG ook — zij het zonder succes — is ingeroepen ter rechtvaardiging van woonplaatsvereisten, of vaste infrastructuren in een andere lidstaat, zoals het geval was in de reeds aangehaalde zaken Commissie/Duitsland en Commissie/Oostenrijk.

97 — Zie hierover in het algemeen, Davies, G., *Nationality Discrimination in the European Internal Market,* Kluwer Law International, Den Haag, 2003, en Rossi, M., „Das Diskriminierungsverbot nach Artikel 12 EGV", *Europarecht,* 2000, blz. 197 e.v.

die zich de verwezenlijking van een open interne markt tot doel stelt, doorbreekt het bestaan van rechtstreekse discriminaties op grond van nationaliteit het hele concept integratie. Het uitzonderingskarakter ervan is des te opvallender wanneer wordt bedacht dat de Unie de grondrechten, met name het gelijkheidsbeginsel, krachtens de artikelen 20 en 21 van het Handvest van de grondrechten heeft geïntegreerd. [98] Een Unie gebaseerd op de eerbiediging van het recht, die de grondrechten waarborgt, kan niet anders dan vraagtekens zetten bij een uitlegging die leidt tot een vorm van discriminatie die op zichzelf reeds ernstig is, maar bovendien inbreuk maakt op de meest elementaire beginselen van de interne markt. Dat blijkt uit artikel 12 EG, dat bepaalt dat „elke discriminatie op grond van nationaliteit [is] verboden", en wordt bevestigd door de rechtspraak van het Hof, dat bij herhaling het beroep van de lidstaten op zulke maatregelen heeft verworpen. Bijgevolg kan worden geconcludeerd dat van alle door het Unierecht verboden discriminatiegronden de op de nationaliteit gegronde discriminatie bij uitstek ernstig is. [99]

130. Onvermijdelijk moet derhalve de vraag aan de orde komen in hoeverre de regel voortvloeiend uit artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG de mogelijkheid biedt tot afwijking van de rest van het Verdrag, en met name van enige van de grondbeginselen waarop het berust.

131. Elke vorm van discriminatie op grond van nationaliteit is als gezegd door artikel 12 van het Verdrag verboden. [100] Door een gecombineerde toepassing van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG zou een staat echter in beginsel rechtmatig een maatregel jegens natuurlijke personen kunnen nemen die een dergelijke discriminatie oplevert. Anderzijds zou gesteld kunnen worden dat in dat geval artikel 18 EG moet worden toegepast, waarin het vrij verkeer van personen

98 — Advocaat-generaal Maduro benadrukte in zijn conclusie in de zaak Coleman (met arrest van 17 juli 2008, C-303/06, Jurispr. blz. I-5603): „De meest duidelijke wijze waarop de waardigheid en de autonomie van een dergelijke persoon kunnen worden aangetast, is wanneer deze rechtstreeks wordt geviseerd omdat hij een verdacht kenmerk heeft. Wanneer iemand minder gunstig wordt behandeld op grond van redenen als religieuze overtuiging, leeftijd, handicap en seksuele geaardheid, wordt deze bijzondere en unieke waarde die mensen hebben door mens te zijn, ondermijnd. De gelijke waarde van elke mens erkennen, betekent dat wij blind moeten zijn voor overwegingen van die aard wanneer wij iemand een last opleggen of iemand een voordeel ontzeggen. Anders gezegd, dit zijn kenmerken die geen enkele rol mogen spelen wanneer wordt uitgemaakt of het al dan niet juist is om iemand minder gunstig te behandelen" (punt 10).

99 — Bewijs van deze ernst vormt de uitgebreide rechtspraak van het Hof, dat frequent de pogingen van de lidstaten ter rechtvaardiging van door hen genomen discriminatoire maatregelen op grond van nationaliteit heeft afgewezen. Zie onder vele andere arresten, arresten van 20 oktober 1993, Phil Collins e.a. (C-92/92 en C-326/92, Jurispr. blz. I-5145, punt 33); 2 oktober 1997, Saldanha en MTS (C-122/96, Jurispr. blz. I-5325, punten 26 en 29); 16 januari 2003, Commissie/Italië (C-388/01, Jurispr. blz. I-721, punten 19 en 20); 5 juni 2008, Wood (C-164/07, Jurispr. blz. I-4143, punt 13), en 16 december 2008, Huber (C-524/06, Jurispr. blz. I-9705, punten 78 en 79).

100 — Zie arresten van 17 mei 1994, Corsica Feries (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 19); 29 februari 1996, Skanavi en Chryssanthakopoulos (C-193/94, Jurispr. blz. I-929, punt 20); 25 juni 1997, Mora Romero (C-131/96, Jurispr. blz. I-3659, punt 10); 12 mei 1998, Gilly (C-336/96, Jurispr. blz. I-2793, punt 37); 26 november 2002, Oteiza Olazábal (C-100/01, Jurispr. blz. I-10981, punt 25); 11 december 2003, AMOK (C-289/02, Jurispr. blz. I-15059, punt 25), en 29 april 2004, Weigel (C-387/01, Jurispr. blz. I-4981, punt 57).

is neergelegd wanneer de economische vrijheden geen toepassing zouden vinden. Deze bepaling is echter, als bekend, van toepassing „onder voorbehoud van de beperkingen en voorwaarden die bij de verdragen en de bepalingen ter uitvoering daarvan zijn vastgesteld", en artikel 45, eerste alinea, EG valt, zoveel is duidelijk, onder die beperkingen. [101]

132. Derhalve kan worden gesteld dat de lidstaten ingeval zij binnen de negatieve werkingssfeer van de vestigingsvrijheid discrimineren op grond van nationaliteit, gerechtigd zouden zijn te derogeren aan het Unierecht, zonder dat dit in beginsel op grond van enige andere verdragsbepaling kan worden bestreden.

133. Dit resultaat, dat artikel 12 EG tot een aan de overige verdragsbepalingen ondergeschikte bepaling maakt, komt mij betwistbaar voor. Het feit dat artikel 12 EG aan voorwaarden is onderworpen betekent niet — eerder het omgekeerde — dat het een secundaire bepaling is. De plaats van deze bepaling in het stelsel van het Verdrag alsmede het belang van het non-discriminatiebeginsel in het Unierecht pleiten voor een uitlegging van de bepaling als een eerder panoptische dan subsidiaire regel, in die zin dat zij automatisch kan worden uitgesloten door de werking van andere specifiekere bepalingen van het Verdrag. Ook het Hof lijkt recent voor die opvatting te hebben gekozen. [102] Het enkele feit derhalve dat een werkzaamheid in het licht van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG geacht wordt binnen de negatieve werkingssfeer van de vrijheid van vestiging te vallen, betekent niet noodzakelijkerwijs dat zij is onttrokken aan een systematische uitlegging in het licht van artikel 12 EG.

134. Deze uitlegging wordt zelfs nog versterkt wanneer in aanmerking wordt genomen dat in een geval als het onderhavige, waarin een werkzaamheid als die van de notaris verband houdt met de uitoefening van het openbaar gezag, andere verdragsbepalingen daarop van toepassing blijven. Dat is in het bijzonder het geval met artikel 86 EG, dat voorschrijft dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de mededingingsregels in acht worden genomen in de sectoren die aan verplichtingen inzake openbaredienstverlening zijn onderworpen. [103] De vaststelling van het Hof dat een werkzaamheid binnen

101 — Zie Rossi, M., *op. cit.*, blz. 208; Epiney, A., „The Scope of Article 12 EC: Some Remarks on the Influence of European Citizenship", *European Law Journal*, 2007, blz. 611 e.v; Kadelbach, S., „Union Citizenship", in von Bogdandy, A., en Bast, J. (red.), *Principles of European Constitutional Law*, 2e dr., Hart Publishers, Oxford-Portland 2005, blz. 461.

102 — Zie arrest van 11 januari 2007, Commissie/Griekenland (C-251/04, Jurispr. blz. I-67, punt 26), en conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 7 september 2010 in de zaak Neukirchinger (C-383/08, nog aanhangig, in het bijzonder punten 60-69).

103 — Zie van Vormizeele, P., „Art. 86", in Schwarze, J., *EU-Kommentar*, reeds aangehaald; 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, en Szyszczak, E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Hart Publishers, Oxford, 2007.

de werkingssfeer van artikel 45, eerste alinea EG valt, betekent niet noodzakelijkerwijs dat de in artikel 81 EG en artikel 82 EG vervatte mededingingsregels er niet op van toepassing zijn. [104] Dit geldt ook voor de rechtsgrondslagen voor de uitvoering van het uniebeleid, die de instellingen in het geheel niet beletten verordeningen of richtlijnen vast te stellen op gebieden die vanuit het perspectief van de vrijheden van hun werkingssfeer zijn uitgesloten. Dit blijkt uit de rechtspraak van het Hof, dat bijvoorbeeld heeft verklaard dat de notariële werkzaamheid aan de btw is onderworpen: de notaris is belastingplichtig aangezien hij als zelfstandige een economische activiteit verricht, „ongeacht het oogmerk of het resultaat van die activiteit" [105]. In de zaak Commissie/Nederland heeft het Hof namelijk vastgesteld dat de notariële activiteit van openbare aard is, maar tevens, in het specifieke kader van de btw-belasting, dat deze activiteit niet wordt uitgeoefend in de vorm van een publiekrechtelijk lichaam, „aangezien zij geen deel uitmaken van het staatsapparaat, doch in de vorm van een zelfstandige economische activiteit, die wordt uitgeoefend in het kader van een vrij beroep" [106].

135. Het feit kortom dat een werkzaamheid verband houdt met de uitoefening van openbaar gezag ontheft de lidstaten niet van hun gehoudenheid tot naleving van het Unierecht. Deze verplichting, die in het onderhavige geval de notariële werkzaamheid betreft en derhalve een uit natuurlijke personen bestaande groep, moet in het bijzonder in acht worden genomen in geval van een discriminatie op grond van nationaliteit. Aangezien het enerzijds gaat om natuurlijke personen en anderzijds om discriminaties op grond van nationaliteit, maakt de onderhavige zaak eveneens een onderzoek van de vraag in het licht van het unieburgerschap noodzakelijk.

136. Sinds 1992 hebben zowel de Verdragen als de rechtspraak van het Hof bijgedragen tot het creëren van een directe en evolutieve burgerschapsband tussen het individu en de Unie. [107] Zoals bekend komt deze verhouding tot stand via de nationaliteit van een lidstaat, hetgeen niet betekent dat het Unieburgerschap daar boven staat, eerder het tegendeel: het is een status die ontstaat als voortvloeisel van de nationale status, maar die, zodra ontstaan, zich ontwikkelt en autonoom rechten en plichten schept, zonder dat de lidstaten regels kunnen stellen die daar afbreuk aan doen. Het Hof heeft deze autonomie recentelijk bevestigd in de zaak Rottmann, waarin het heeft

104 — Zie onder meer arresten van 21 september 1988, Van Eycke (267/86, Jurispr. blz. 4769); 4 mei 1988, Bodson (30/87, Jurispr. blz. 2479); 19 maart 1991, Frankrijk/Commissie (C-202/88, Jurispr. blz. I-1223); 23 april 1991, Höfner en Elser (C-41/90, Jurispr. blz. I-1979); 13 december 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Jurispr. blz. I-5941); 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Jurispr. blz. I-2941); 3 juli 2003, Chronopost e.a./Ufex e.a. (C-83/01 P, C-93/01 P en C-94/01 P, Jurispr. blz. I-6993), alsmede van 1 juli 2008, MOTOE (C-49/07, Jurispr. blz. I-4863).

105 — Arrest van 26 maart 1987, Commissie/Nederland (235/85, Jurispr. blz. 1471). De geciteerde passage komt uit artikel 4, eerste alinea, van de zogenoemde „Zesde btw-richtlijn", richtlijn 77/388/EEG van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting — Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag (PB L 145, blz. 1).

106 — Reeds aangehaald arrest, punt 22.

107 — Zie onder meer, O'Leary, S., *The Evolving Concept of Community Citizenship. From the Free Movement of Persons to Union Citizenship*, Kluwer Law International, Den Haag, 1996, blz. 23 tot en met 30.

verklaard dat de lidstaten zich niet mogen bemoeien met de band tussen de burger en de Unie en hem de nationaliteit van een staat zonder goede grond ontnemen. Bijgevolg valt een nationale maatregel die de burger „in een situatie brengt die kan leiden tot het verlies van de bij artikel 17 EG verleende hoedanigheid en de daaraan verbonden rechten, *wegens de aard* en de gevolgen ervan onder het Unierecht". [108]

137. Voorts komt het Europees burgerschap niet slechts tot uitdrukking als een rechtstreekse band tussen de burger en de Unie, maar ook in de vorm van betrekkingen tussen de burger en alle andere lidstaten. Dit kenmerk van het burgerschap waarborgt elke onderdaan van een staat het recht op vrij verkeer op het gehele grondgebied van de Unie, alsmede het recht van vestiging in alle andere lidstaten. De band met de Unie heeft aldus horizontale werking ten opzichte van alle nationale autoriteiten, die geen maatregelen mogen nemen die het vrij verkeer kunnen frustreren of bemoeilijken, zelfs wanneer de maatregelen de onderdanen van de eigen staat treffen. [109] Het Hof heeft te dien einde de draagwijdte van artikel 18 EG uitgebreid, allereerst door er rechtstreekse werking aan toe te kennen [110] en vervolgens een relevante rechtspraak te ontwikkelen die invulling heeft gegeven aan de notie van het mobiele burgerschap, zelfs in situaties waarin het betrokken individu geen economische activiteit uitoefende [111], of wanneer de maatregel gevolgen had voor familieleden die onderdaan waren van een derde land. [112]

138. Een nationaliteitsclausule die natuurlijke personen treft en wordt ingevoerd onder de pretense dekking van de negatieve werkingssfeer van de vrijheid van vestiging, moet voor alles worden gekwalificeerd als een maatregel die van invloed is op het burgerschapsstatuut, in die zin dat zij de bron voor de toekenning van het Europees burgerschap, de nationaliteit van de staat, als grond gebruikt om de toegang te beletten tot werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag als bedoeld in artikel 45, eerste alinea, EG. De Verdragen laten evenwel slechts in zeer strikt omschreven gevallen, waarvan zoals wij zullen zien in casu geen sprake is, toe dat de ontstaansgrond van het Europees burgerschap als grond kan dienen om af te wijken van een nauw met het unieburgerschap

108 — Arrest van 2 maart 2010 (C-135/08, Jurispr. blz. I-1449, punt 42) (cursivering van mij).

109 — Zie bijvoorbeeld arresten van 2 oktober 2003, Garcia Avello (C-148/02, Jurispr. blz. I-11613); 14 oktober 2008, Grunkin en Paul (C-353/06, Jurispr. blz. I-07639), of het reeds aangehaalde arrest Rottmann.

110 — Arrest van 17 september 2002, Baumbast en R (C-413/99, Jurispr. blz. I-7091).

111 — Arresten van 20 september 2001, Grzelczyk (C-184/99, Jurispr. blz. I-6193); 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279); 15 maart 2005, Bidar (C-209/03, Jurispr. blz. I-2119); 26 oktober 2006, Tas-Hagen enTas (C-192/05, Jurispr. blz. I-10451); 23 oktober 2007, Morgan en Bucher (C-11/06 en C-12/06, Jurispr. blz. I-9161), en, recent, arresten van 23 februari 2010, Teixeira (C-480/08, Jurispr. blz. I-1107), en Ibrahim (C-310/08, Jurispr. blz. I-1065).

112 — Zie bijvoorbeeld arrest Carpenter, reeds aangehaald, en arrest van 19 oktober 2004, Chen (C-200/02, Jurispr. blz. I-9925).

verbonden bevoegdheid. Door zijn transnationale dimensie is het Europees burgerschap gestoeld op het bestaan van een gemeenschap van staten en individuen, met gedeelde waarden, een hoge mate van wederzijds vertrouwen alsmede een solidariteitsverbond. Wanneer een individu door de toekenning van de nationaliteit van een lidstaat deel gaat uitmaken van die gemeenschap van waarden, vertrouwen en solidariteit zou het paradoxaal zijn wanneer het hem juist doordat hij tot die gemeenschap behoort onmogelijk werd gemaakt zijn door het Verdrag gewaarborgde rechten en vrijheden uit te oefenen.

139. Een discriminatie op grond van nationaliteit is derhalve een maatregel die naar zijn aard een ernstige inmenging vormt in de privé-sfeer van de Europese burger, die uitsluitend na een nauwgezet onderzoek van de evenredigheid — er moet met andere woorden sprake zijn van klemmende redenen van algemeen belang — aanvaardbaar zou zijn vanuit het oogpunt van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG.

c) Evenredigheidsbeoordeling

140. Zoals ik reeds heb uiteengezet moet bij de evenredigheidstoetsing van de regel voortvloeiend uit artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG worden beoordeeld in welke mate de betrokken werkzaamheid deelneming inhoudt aan de uitoefening van het openbaar gezag. In casu wordt, zoals ik in de punten 115 tot 121 van deze conclusie heb uiteengezet, met de notariële werkzaamheid deelgenomen aan de uitoefening van het openbaar gezag als bedoeld in artikel 45, eerste alinea, EG, echter — zo volgt reeds uit het feit dat het notariaat als een economische activiteit wordt verricht — in mindere mate dan andere werkzaamheden, zoals activiteiten waarin rechtstreeks overheidsbevoegdheden worden uitgeoefend. De lidstaten zijn derhalve gerechtigd de maatregelen te nemen die zij passend achten binnen de werkingssfeer van de vrijheden, mits zij zorgdragen voor de evenredigheid ervan met de nagestreefde doeleinden. Met betrekking tot de door de staten aangevoerde argumenten, stel ik dan vast dat het notarisberoep weliswaar is omgeven met waarborgen en beroepskenmerken die blijk geven van het belang ervan voor het civiele rechtsverkeer, maar dat geen van die factoren rechtvaardigt dat het statuut van de notarissen een zo strenge en drastische maatregel omvat als de rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit die hier aan de orde is.

141. De verwerende staten hebben in dit verband met name gewezen op het belang van de eed die door de notaris bij zijn ambtsaanvaarding wordt afgelegd. Deze verklaring is volgens de staten de uitdrukking van de nauwe band tussen de notaris en de staat, die hem een openbare bevoegdheid toekent, een band die de loyaliteit van het individu

aan een bepaalde politieke gemeenschap tot uiting brengt en in de onderhavige zaak in een nationaliteitsvereiste uitdrukking vindt. De verwerende staten hebben bij herhaling op het belang van deze band gewezen, en in het specifieke geval van Luxemburg wordt de nationaliteitsclausule voor de toegang tot het notarisberoep zelfs beschouwd als vereiste voor de bescherming van de grondwettelijke identiteit van het Groothertogdom.

142. De loyaliteitsnotie, als uitdrukking van verbondenheid en solidariteit met de politieke gemeenschap, kan echter niet worden gezien als een specifiek — exclusief en uitsluitend — aan de lidstaten als zodanig, eigen kenmerk, dat de nationaliteitsband absoluut vereist. Integendeel, ook de Europese burger heeft als zodanig een loyaliteitsverbond met de Unie. Een premisse waarbij ervan wordt uitgegaan dat een onderdaan van de ene lidstaat uitsluitend blijk zou kunnen geven van een legitieme loyaliteitsband met een andere lidstaat door eerst de nationaliteit van deze laatste lidstaat aan te nemen, zou ernstig afbreuk aan artikel 17 en artikel 18 EG zowel als aan de uit de Verdragen en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voortvloeiende politieke burgerschapsrechten.

143. De instrumenten voor justitiële samenwerking in burgerlijke zaken en strafzaken van de Unie, met name verordening nr. 44/2001 [113], versterken deze opvatting. De notaris oefent door zijn tussenkomst een publiekrechtelijke werkzaamheid uit met rechtsgevolgen die automatisch in alle Unielanden worden erkend. De grote mate van vertrouwen alsmede de waarden- en beginselengemeenschap waarop de Unie is gestoeld maken de notaris niet alleen tot een openbaar ambtsdrager van de staat maar tevens van de Unie. Die bekleding met een in de gehele Unie werkende autoriteit weerspiegelt een nauwere loyaliteitsband dan die louter tussen de onderdaan en zijn staat. De notaris schaart zich aldus in een kader waarin de loyaliteit zowel gericht is op de autoriteitverlenende staat als op de Unie die deze aanvaardt, alsmede op de overige staten.

144. In een fase van het Europese integratieproces waarin de unieburgers in hun eigen land recht hebben op participatie in de nationale democratische besluitvormingsprocedures, zoals met de verkiezingen op gemeentelijk niveau, of op Europees niveau

113 — Verordening (EG) van 22 december 2001, betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1), en in concreto artikel 57 ervan.

wetgevingsinitiatieven kunnen inleiden, kan de loyaliteitsnotie niet meer uitsluitend en absoluut worden beperkt tot de onderdanen van de eigen staat. Wanneer loyaliteit wordt verstaan als een engagement tot het aanvaarden van rechten en plichten dat de burger verbindt met de lidstaat en met de Unie, is het naar mijn overtuiging niet noodzakelijk en bijgevolg niet rechtmatig, om in de omstandigheden van de onderhavige procedure een nationaliteitsverhouding met de lidstaat te eisen om aan die verantwoordelijkheid uitdrukking te geven.

145. Een geval dat apart moet worden vermeld, is evenwel de functie van „Gerichtskommissär" die notarissen in Oostenrijk uitoefenen. De notaris kan in de uitoefening van deze functie weliswaar bindende individuele besluiten nemen, maar het betreft slechts een accessoire functie, die zich bovendien voornamelijk beperkt tot de afwikkeling van nalatenschappen. Voorts treedt hij, zoals de vertegenwoordiger van de Oostenrijkse regering ter terechtzitting heeft verklaard, als „Gerichtskommissär" op als vrij beroepsbeoefenaar en niet als ambtenaar, hetgeen er in beginsel op wijst dat het een voor de mededinging openstaande activiteit is. In het licht van de in de procedure aangevoerde gegevens rechtvaardigt het feit dat de Oostenrijkse notaris als „Gerichtskommissär" optreedt, derhalve niet om een rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit onder de dekking van de uit artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG voortvloeiende regel te brengen.

5. Conclusie betreffende het eerste middel

146. Een maatregel die een nationaliteitsclausule invoert zoals die waartegen de Commissie in deze procedure opkomt, is onevenredig in zoverre hij niet noodzakelijk is om de doeleinden te verwezenlijken die elke lidstaat met het uitzonderen van de werkzaamheid van de notaris van de vrijheid van vestiging nastreeft. Bijgevolg en in weerwil van het feit dat het een activiteit betreft die deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhoudt en derhalve binnen de negatieve werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt, laten artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG mijns inziens in de specifieke omstandigheden van het notarisberoep een overheidsmaatregel die degenen die tot dat beroep willen worden toegelaten discrimineert op grond van nationaliteit, niet toe. Gelet op het voorgaande meen ik dat de notariële werkzaamheid zoals die in de verwerende staten wordt verricht, niettegenstaande het feit dat zij binnen de negatieve werkingssfeer van de vrijheid van vestiging valt van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG, het opnemen van een nationaliteitsclausule in het statuut van de notaris — daar de evenredigheid ontbreekt — niet toelaat, omdat dit niet wordt vereist door de mate van deelneming van deze werkzaamheid aan de uitoefening van het openbaar gezag. Bijgevolg moet het eerste middel, dat is gebaseerd op schending van artikel 43 EG en van artikel 45, eerste alinea, EG slagen.

B — *Tweede middel*

147. De Commissie verwijt de verwerende staten, met uitzondering van de Franse Republiek, schending van richtlijn 2005/36, betreffende de erkenning van diploma's waarmee beroepsopleidingen worden afgesloten, door deze in haar nationale omzettingsregelingen niet toe te passen op de notariële werkzaamheid.

148. Zoals ik hiervoor heb uiteengezet valt de notariële werkzaamheid op grond van de uitlegging van artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG binnen de „negatieve werkingssfeer" van de vrijheid van vestiging. Ik heb er in mijn eerdere opmerkingen ook reeds op gewezen dat deze uitkomst niet noodzakelijkerwijs betekent dat de staten de uit de Verdragen voortvloeiende verplichtingen niet behoren te eerbiedigen. Ik heb echter gerede twijfel of richtlijn 2005/36 van toepassing is op het notarisberoep.

149. In het kader van een niet-nakomingsberoep moet de Commissie aantonen dat de verwerende staat zich schuldig heeft gemaakt aan een inbreuk op het Unierecht. Zoals uit de stukken blijkt, heeft zij haar beroep echter beperkt tot de niet-omzetting van richtlijn 2005/36 binnen de gestelde termijn, terwijl de lidstaten niet slechts hebben benadrukt dat artikel 45, eerste alinea, EG van toepassing is, maar ook dat de werkzaamheid van de notaris wordt uitgesloten in punt eenenveertig van de considerans van deze richtlijn.

150. Punt eenenveertig van de considerans van richtlijn 2005/36 luidt: „Deze richtlijn laat de toepassing van artikel 39, lid 4 en van artikel 45 van het Verdrag, die met name notarissen betreffen, onverlet." De wetgever lijkt er vanuit te gaan — bijzonder duidelijk is de passage niet — dat met het antwoord op de vraag of de notariële werkzaamheid onder artikel 45, eerste alinea, EG valt het antwoord op de vraag naar de toepassing van de richtlijn op het notarisberoep *zou zijn gegeven*. Uit de processtrategie van de Commissie, die zich heeft beperkt tot een argumentatie vanuit het perspectief van artikel 45, eerste alinea, EG lijkt te kunnen worden afgeleid dat zij het in punt eenenveertig van de considerans verwoorde standpunt deelt. In het licht van het door mij op de eerste vraag voorgestelde antwoord zou de Commissie andere argumenten hebben moeten aanvoeren voor de uitbreiding van de richtlijn tot het notarisberoep. Haar enige argument gebaseerd op een uitlegging van het begrip „openbaar gezag" van artikel 45, eerste alinea EG, is daarmee feitelijk ontkracht. Duidelijk is derhalve dat de Commissie geen enkel steekhoudend

argument heeft aangevoerd op grond waarvan het tweede middel kan slagen.

151. Bijgevolg is het tweede middel ongegrond, aangezien de Commissie niet heeft aangetoond dat de lidstaten verplicht zijn te voldoen aan de in richtlijn 2005/36 neergelegde verplichtingen met betrekking tot de notariële werkzaamheid.

VI — Kosten

152. Volgens artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof kan het Hof „de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld". Aangezien ik een van de twee aangevoerde middelen gegrond acht geef ik het Hof in overweging, met het oog op een juiste verdeling van de voor partijen met deze procedure gemoeide kosten, vast te stellen dat de Europese Commissie, het Koninkrijk België, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk, de Bondsrepubliek Duitsland en de Helleense Republiek de eigen kosten dragen.

153. Met betrekking tot het niet-nakomingsberoep tegen de Franse Republiek zij eraan herinnerd dat artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt dat voor zover dit is gevorderd, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen. Aangezien de Franse Republiek op haar enige middel in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in de kosten te worden verwezen.

154. Overeenkomstig artikel 69, lid 4, eerste alinea, van het Reglement voor de procesvoering de Republiek Litouwen, Roemenië, de Republiek Bulgarije, de Republiek Polen, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Slovenië, de Republiek Oostenrijk, de Tsjechische Republiek, de Slowaakse Republiek, de Republiek Hongarije, de Republiek Letland, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, de Franse Republiek, die in het geding zijn tussengekomen, in hun eigen kosten te verwijzen.

VII — Conclusie

155. Op grond van hetgeen ik hiervoor heb uiteengezet geef ik het Hof in overweging:

In zaak C-47/08,

1) vast te stellen dat het Koninkrijk België, door een maatregel te nemen als neergelegd in artikel 35, lid 3, van wet 25 Ventôse jaar XI op het notarisberoep, zoals gewijzigd bij de wet van 4 mei 1999, die de toegang tot het beroep van notaris aan uitsluitend personen met de Belgische nationaliteit voorbehoudt, de krachtens artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het beroep voor het overige te verwerpen;

3) de Commissie en het Koninkrijk België ieder in de eigen kosten te verwijzen;

4) de Republiek Litouwen, de Tsjechische Republiek, de Slowaakse Republiek, de Republiek Hongarije, de Republiek Letland, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Franse Republiek, interveniënten, in hun eigen kosten te verwijzen.

In zaak C-50/08,

1) vast te stellen dat de Franse Republiek, door een maatregel te nemen als neergelegd in artikel 3 van het besluit van 5 juli 1973, gewijzigd bij besluit nr. 89-399

van 20 juni 1989, die de toegang tot het beroep van notaris aan uitsluitend personen met de Franse nationaliteit voorbehoudt, de krachtens artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) de Franse Republiek te veroordelen in de kosten;

3) de Republiek Litouwen, Roemenië, de Tsjechische Republiek, de Slowaakse Republiek, de Republiek Hongarije, de Republiek Letland, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Republiek Bulgarije, interveniënten, in hun eigen kosten te verwijzen.

In zaak C-51/08,

1) vast te stellen dat het Groothertogdom Luxemburg, door een maatregel te nemen als neergelegd in artikel 15 van de wet van 9 december 1976, die de toegang tot het beroep van notaris aan uitsluitend personen met de Luxemburgse nationaliteit voorbehoudt, de krachtens artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het beroep voor het overige te verwerpen;

3) de Commissie en het Groothertogdom Luxemburg ieder in de eigen kosten te verwijzen;

4) de Republiek Litouwen, de Tsjechische Republiek, de Republiek Polen, de Slowaakse Republiek, de Republiek Hongarije, de Republiek Letland, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Franse Republiek, interveniënten, in hun eigen kosten te verwijzen.

In zaak C-53/08,

1) vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk, door een maatregel te nemen als neergelegd in § 6, eerste alinea, sub a, van verordening 75/1871 inzake het notariaat, gewijzigd bij verordening 164/2005, die de toegang tot het beroep van notaris aan uitsluitend personen met de Oostenrijkse nationaliteit voorbehoudt, de krachtens artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het beroep voor het overige te verwerpen;

3) de Commissie en de Republiek Oostenrijk ieder in de eigen kosten te verwijzen;

4) de Republiek Slovenië, de Republiek Litouwen, de Tsjechische Republiek, de Republiek Polen, de Republiek Hongarije, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, de Slowaakse Republiek, de Republiek Letland, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek, interveniënten, in hun eigen kosten te verwijzen.

In zaak C-54/08,

1) vast te stellen dat de Bondsrepubliek Duitsland, door een maatregel te nemen als neergelegd in § 5 van de Bundesnotarordnung, gewijzigd bij de wet van 26 maart 2006, die de toegang tot het beroep van notaris aan uitsluitend personen met de Duitse nationaliteit voorbehoudt, de krachtens artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het beroep voor het overige te verwerpen;

3) de Commissie en de Bondsrepubliek Duitsland ieder in de eigen kosten te verwijzen;

4) de Republiek Slovenië, de Republiek Litouwen, Roemenië, de Tsjechische Republiek, de Republiek Polen, de Republiek Hongarije, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, de Republiek Estland, de Slowaakse Republiek, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Letland, de Republiek Bulgarije en de Franse Republiek, interveniënten, in hun eigen kosten te verwijzen.

In zaak C-61/08,

1) vast te stellen dat de Helleense Republiek, door een maatregel te nemen als neergelegd in artikel 19, eerste alinea, van wet nr. 2830/2000, die de toegang tot het beroep van notaris aan uitsluitend personen met de Griekse nationaliteit voorbehoudt, de krachtens artikel 43 EG en artikel 45, eerste alinea, EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen;

2) het beroep voor het overige te verwerpen;

3) de Commissie en de Helleense Republiek ieder in de eigen kosten te verwijzen;

4) de Republiek Litouwen, de Republiek Slovenië, de Slowaakse Republiek, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, de Tsjechische Republiek en de Franse Republiek, interveniënten, in hun eigen kosten te verwijzen.