FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT P. CRUZ VILLALÓN fremsat den 14. september 2010[1]

1. Europa-Kommissionen har i henhold til artikel 226 EF foreholdt Den Portugisiske Republik, at den har tilsidesat direktiv 2005/36/EF om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer[2], fordi den ikke har vedtaget de relevante foranstaltninger for at bringe det i anvendelse på landets notarerhverv.

2. Ligesom i sag C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 og C-61/08, hvis genstand ligeledes er notarerhvervet, er det i denne sag nødvendigt først at afgøre, om artikel 45, stk. 1, EF, som nævner en undtagelse for virksomhed, der deltager i udøvelse af offentlig myndighed, finder anvendelse her[3]. Til forskel fra de nævnte sager har Kommissionen ikke kritiseret eksistensen af nationalitetsklausuler, eftersom der i Portugal principielt ikke forekommer en sådan begrænsning. Grunden til, at Kommissionen har anlagt denne sag, skal søges i forekomsten af en ordning for adgang til det portugisiske notarerhverv, der er diametralt modsat af hvad fællesskabslovgivningen kræver, nærmere bestemt direktiv 2005/36, med hensyn til faglige titler.

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/36/EF af 7.9.2005 om anerkendelse af erhvervsmæssige kvalifikationer (EUT L 255, s. 22).

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

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

3. Direktiv 89/48/EØF om indførelse af en generel ordning for gensidig anerkendelse af eksamensbeviser for erhvervskompetencegivende videregående uddannelser af mindst tre års varighed [4] fastsatte en gennemførelsesfrist, som i henhold til dets artikel 12 udløb den 4. januar 1991.

4. Direktivets artikel 2 har følgende ordlyd:

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

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

5. Notarerhvervet er ikke blevet reguleret ved et sådant instrument, som der henvises til i den ovenfor nævnte forskrifts stk. 2.

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

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

B — *National ret*

7. I Portugal er notarerhvervet reguleret ved justitsministerens lovdekret nr. 26/2004 og nr. 27/2004 af 21. april 2004. Ved dekret nr. 398/2004, ligeledes af 21. april 2004, vedtog regeringen den bekendtgørelse, hvorved ordningen for tildeling af notartitlen indførtes. Denne samling af bestemmelser gennemførte en liberalisering af det portugisiske notarerhverv, hvis funktion tidligere blev varetaget af tjenestemænd i forvaltningen, under en offentligretlig ordning.

8. I artikel 1 i lovdekret nr. 26/2004 hedder det, at »notaren er en jurist, hvis skriftlige dokumenter, udarbejdet under udøvelsen af hans funktion, er officielt bekræftede dokumenter«.

4 — Rådets direktiv af 21.12.1988 (EFT 1989 L 19, s. 16).

9. Notaren er samtidig en embedsmand, som bekræfter retsakter, og en liberal erhvervsdrivende, der handler uafhængigt og upartisk. Artikel 1 i lovdekret nr. 26/2004 tilføjer, at notarfunktionens offentlige og private karakter ikke kan adskilles.

10. Som Portugal har erkendt i sit svarskrift, udgør autentificeringen notarerhvervets hovedvirksomhed. Autentificeringen er formuleret som en retsakt om statens uddelegering til notaren, som tildeles beføjelse til at oprette officielt bekræftede dokumenter. Ifølge artikel 21 i lovdekret nr. 26/2004 er det symbol, der udtrykker den notarielle mellemkomst, seglet eller et tilsvarende nummer, hvis indehaver som den eneste er notaren. Notaren medvirker på begæring af parterne og sikrer dem lovlighed samt arkivering og opbevaring af de notarielt bekræftede dokumenter.

11. Ifølge artikel 371 i den portugisiske Código Civil har de attesterede dokumenter en kvalificeret beviskraft, der kun kan anfægtes ved særlige rettergangsmuligheder (artikel 372 i Código Civil). Artikel 46 i retsplejeloven fastsætter, at autentificering gør dokumentet eksigibelt.

12. I henhold til artikel 25 i lovdekret nr. 26/2004 er adgang til notarerhvervet underlagt fire betingelser: Den pågældende må ikke være erklæret uegnet til at udøve offentlige funktioner, han skal være indehaver af en juridisk kandidatgrad, som er anerkendt i portugisisk lovgivning, han skal gennemgå en prøvetid, og han skal have bestået den af notarrådet afholdte adgangsprøve.

13. Selv om notarvirksomhed er et liberalt erhverv, gælder *numerus clausus* for adgangen til erhvervet i henhold til artikel 6 i lovdekret nr. 26/2004. Endvidere opererer notaren på et bestemt territorialt område, det territoriale kompetenceområde, og som resultat af tildelingen af en virksomhedslicens. Notarhonorarer beregnes ud fra nogle af justitsministeren godkendte takster, hvor mindste og største beløb fastsættes, samtidig med at der gives mulighed for, at prisen for bestemte notartjenesteydelser frit kan fastsættes.

II — Den administrative procedure og retssagen

14. Den 21. december 2001 fremsendte Kommissionen en åbningsskrivelse til Portugal, hvori den foreholdt Portugal manglende gennemførelse af direktiv 89/48 vedrørende notarerhvervet. Portugal svarede ved skrivelse af 17. juni 2002 og gjorde gældende, at regeringen var i gang med at forberede en lovreform på dette område.

15. Den 18. oktober 2006 tilstillede Kommissionen Portugal en begrundet udtalelse og understregede, at tilsidesættelsen skulle

bringes til ophør inden for en frist på to måneder. Portugal besvarede denne skrivelse ved skrivelse af 24. november 2007, hvori det anførtes, at de portugisiske notarer deltog direkte og reelt i udøvelsen af offentlige myndighed, og at de derfor ikke var omfattet af etableringsfriheden eller den afledte lovgivning, som gennemfører denne frihed.

16. De for dette traktatbrudssøgsmål relevante nationale retsforskrifter er således dem, der var gældende den 18. december 2006, som er den dato, hvor den frist, som Kommissionen havde tildelt den sagsøgte stat i den begrundede udtalelse, udløb.

17. Den 12. februar 2008 anlagde Kommissionen traktatbrudssøgsmål ved Domstolen i henhold til artikel 226 EF, og herefter fulgte et svarskrift, en replik og en duplik fra henholdsvis sagsøgeren og den sagsøgte medlemsstat. Det Forenede Kongerige indtrådte i sagen til støtte for Kommissionen, mens Tjekkiet, Litauen, Slovenien og Slovakiet intervenerede til støtte for Portugal.

III — Parternes påstande

18. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Det fastslås, at Den Portugisiske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 2005/36, idet den ikke med hensyn til erhvervet som notar har gennemført det nævnte direktiv.

— Den Portugisiske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

19. Den Portugisiske Republik har nedlagt påstand om frifindelse og om, at Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

IV — Formaliteten

20. Den slovenske regering har i sin egenskab af intervenient fremsat en formalitetsindsigelse på grund af de af Kommissionen påberåbte bestemmelser. Efter regeringens opfattelse har Kommissionen foreholdt Portugal en tilsidesættelse af direktiv 89/48 i den administrative fase af traktatbrudssøgsmålet, men har nu, under retssagen, foreholdt medlemsstaten en tilsidesættelse af direktiv 2005/36, som erstatter det tidligere direktiv.

21. Denne indsigelse kan ikke tiltrædes.

22. Ifølge fast retspraksis udgør en forskriftsmæssig administrativ procedure en med traktaten tilsigtet garanti, ikke blot med henblik på at beskytte den pågældende medlemsstats rettigheder, men også med henblik på at sikre, at en eventuel efterfølgende retssag har en klart afgrænset tvist som genstand. Den kontradiktoriske procedure for Domstolen kan nemlig kun efter en forskriftsmæssig administrativ procedure gøre det muligt for Domstolen at afgøre, om medlemsstaten faktisk har undladt at opfylde de forpligtelser, som Kommissionen påstår tilsidesat [5].

23. Som Domstolen gentagne gange har fastslået, står det, selv om påstandene i stævningen i princippet ikke kan udvides i forhold til de overtrædelser, der er angivet i den begrundede udtalelses konklusion og i åbningsskrivelsens konklusion, dog fast, at »Kommissionen, når fællesskabsretten ændres under den administrative procedure, har adgang til at få en traktatbrudspåstand prøvet for så vidt angår forpligtelser, der er fastlagt i et — senere ændret eller ophævet — direktivs første udgave, når disse fortsat består i henhold til nye bestemmelser« [6].

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

25. Heraf følger, at sagen kan admitteres, uden at formalitetsindsigelsen tiltrædes, eftersom den vedrører forpligtelser i henhold til direktiv 2005/36, som allerede bestod i henhold til det ophævede direktiv.

V — Om søgsmålsgrunden

26. I dette søgsmål har Kommissionen foreholdt Den Portugisiske Republik, at den ikke har gennemført direktiv 2005/36 med hensyn til erhvervet som notar. Portugal har gjort gældende, at artikel 45, stk. 1, EF finder anvendelse på erhvervet, og at det nævnte direktiv derfor ikke finder anvendelse på notarvirksomhed.

27. Det synes ikke hensigtsmæssigt her at gentage hele rækken af argumenter, som jeg har fremført i detaljer i mit forslag til afgørelse, der er fremsat i dag i sagerne C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08

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

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

og C-61/08. Jeg skal derfor begrænse mig til at redegøre for hovedlinjerne i argumentationen og dernæst anvende dem på den portugisiske sag.

A — *Virksomhed forbundet med udøvelse af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 43 EF og 45, stk. 1, EF*

28. I det omfang Portugal har påberåbt sig artikel 45, stk. 1, EF som begrundelse for ikke at have gennemført direktiv 2005/36, er det nødvendigt indledningsvis at se nærmere på indholdet af denne forskrift.

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

30. Når fortolkeren kommer til den konklusion, at en virksomhed faktisk er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed, skal der foretages en proportionalitetskontrol. I forbindelse med de nævnte forskrifter finder proportionalitetskontrol i givet fald anvendelse ved at foretage en lignende undersøgelse som den, Domstolen har anvendt i sin praksis[7], der vægter 1) den restriktion, den vedtagne foranstaltning giver anledning til, og 2) den grad, hvormed den pågældende virksomhed deltager i udøvelsen af offentlig myndighed. Jo mere direkte og umiddelbar deltagelsen er, desto mere omfattende er den vifte af foranstaltninger, som artikel 45, stk. 1, EF omfatter. Jo mindre direkte den er, jo mindre vil de foranstaltninger, der kan være berettigede i henhold til den, være, både i kvantitet og intensitet.

31. Den fortolkningsmæssige vanskelighed i forbindelse med artikel 43 EF og 45, stk. 1, EF består, som det også var forventeligt, i en præcis definition af »offentlig myndighed«.

7 — Jf., blandt de seneste sager, dom af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 61 ff., og af 3.10.2006, sag C-452/04, Fidium Finanz, Sml. I, s. 9521, præmis 46. Om princippet og dets rolle som vægtningsregel i forbindelse med frihederne, jf. T. Tridimas: *The General Principles of EU Law*, 2. udg., Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193 ff., og D.-U. Galetta: *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, s. 103 ff.

32. Som jeg har redegjort for i det forslag til afgørelse, der er fremsat i sagerne C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 y C-61/08, kan der kun udledes få oplysninger af retspraksis, som kan tjene til at undersøge karakteren eller kvaliteten af »offentlige myndighed« i den omhandlede forskrifts forstand [8].

33. Definitionen af offentlig myndighed som omhandlet i artikel 45, stk. 1, EF [9] kan ikke undgå at tage udgangspunkt i en bestemt forudforståelse af begrebet offentlig myndighed som generel kategori i statsteorien, i hvilken Unionen nødvendigvis begrebsmæssigt indgår som et fællesskab af stater [10].

34. I denne forstand er »offentlig myndighed« først og fremmest »magt«, dvs. kapacitet til at pålægge en adfærd i overensstemmelse med en uimodståelig vilje. Ifølge almindeligt accepteret forståelse og i sin yderste konsekvens er der tale om enekapacitet for staten, dvs. for den institution, i hvilken retsordenen personaliseres som instrument til administration og forvaltning af den legitime styrke [11]. Offentlig myndighed er således den suveræne herskers magt, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. Dette vil sige, at der i en stat ikke er anden legitim magt end den, der administreres af den offentlige myndighed, hvilket kan være til fordel for statens eksistens og opnåelsen af dens formål (almen interesse) eller til fordel for legitime forventninger om adfærd fra nogle borgeres side i forhold til andre (privat interesse). I det sidstnævnte tilfælde altid ved overholdelse af på forhånd fastsatte betingelser [12].

8 — Jf. bl.a. dom af 21.6.1974, sag 2/74, Reyners, Sml. s. 631, af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen med Italien, Sml. s. 4035, af 29.10.1998, sag C-114/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 6717, af 9.3.2000, sag C-355/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 1221, af 31.5.2001, sag C-283/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4363, af 13.12.2007, sag C-465/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 11091, og af 22.10.2009, sag C-438/08, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 10219.

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

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

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

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

36. Det formål, som den af staten monopoliserede og administrerede magt tjener, udgør sikkert et første kriterium med hensyn til fastlæggelsen af grænsen mellem den offentlige myndighed og borgerne.

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

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

39. På denne baggrund repræsenterer retsordenen en proces til forvaltning af udøvelsen af den legitime magt, der i givet fald kan resultere i anvendelsen af denne magt i en konkret situation. Der bør således ikke være nogen ulempe forbundet med at acceptere, at de retsakter, hvormed lovgivningen konkluderer (der hvor processen med den legitime magt slutter med en retsakt, som bringer denne proces til ophør og giver den en endelig version), fremstår som det ypperste udtryk for retsordenen [13].

40. På denne baggrund er det afgørende kriterium for at kvalificere en handling som afledt af offentlig myndighed karakteren af dens forbindelse med den pågældende stats lovgivning. Konkret skal kvaliteten af en virksomhed ses som udtryk for en deltagelse i udøvelsen af offentlig myndighed med udgangspunkt i det omfang, virksomheden indgår i (hører til) den omhandlede retsorden. Kriteriet er således ikke blot dens overensstemmelse med retsordenen, men dens inkorporering som akt i lovgivningen [14].

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

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

41. I denne forstand kan jurisdiktionen ses som det mest karakteristiske udtryk for offentlig myndighed. Med dens afgørelser fastlægges retten endeligt, og i denne forstand blandes retsordenen sammen med dem [15]. Af samme grund kan man imidlertid også sige, at offentlig myndighed er den, hvis akter kan opfylde denne betingelse uden behov for *iurisdictio*. Først og fremmest er loven eksigibel i sig selv, ligesom administrative bestemmelser eller politiets anordninger. Det drejer sig altid om retsakter og bestemmelser, der kan gøres til genstand for retslig prøvelse, men som under ingen omstændigheder behøver »bemyndigelse« for umiddelbart at få retsvirkninger.

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

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

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

45. På baggrund af disse oplysninger må det anerkendes, at portugisiske notarer gennem

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

autentificeringen direkte og særligt udøver virksomhed af offentlig karakter i den forstand, at de for borgerne foregriber en bemyndigelse til at udøve deres ret, som de ellers skulle kræve fra sag til sag. Den notarielle mellemkomst fritager for nødvendigheden af at kræve en anden offentlig myndigheds mellemkomst, når man ønsker at gøre den af notaren officielt bekræftede realitet gældende, og giver dermed det notarielt bekræftede dokument en kvalificeret offentlig juridisk værdi, som kun kan anfægtes ved en domstol (ligesom ethvert dokument fra den offentlige myndighed kan). Det er åbenbart, at den afgørende egenskab ved offentlig myndighed ikke er immunitet over for retskontrol, som er umulig i en retsstat, men en kvalificeret formodning om legitimitet af dens dokumenter og følgelig en vis grad af krav til de nødvendige betingelser for dens kontrol.

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

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

48. I det omfang autentificering svarer til denne funktion, er jeg følgelig af den opfattelse, at der er tale om virksomhed, som deltager direkte og særligt i udøvelsen af offentlig myndighed ved at give akter, bestemmelser og adfærd, som ellers ikke ville have anden retlig værdi end udtrykket for en privat vilje, en særlig status.

49. For så vidt som autentificering udgør den uadskillelige kerne af notarfunktionen i Den Portugisiske Republik, må det fastslås, at notarerhvervet generelt og som helhed deltager direkte og særligt i udøvelse af offentlig myndighed [16].

50. I 41. betragtning til direktiv 2005/36 hedder det, at »[d]ette direktiv berører ikke anvendelsen af traktatens artikel 39, stk. 4, og artikel 45 i forbindelse med erhvervet som notar«. Lovgiver synes, om end med hele denne udtalelses tvetydighed, implicit at lade forstå, at svaret på spørgsmålet om notarvirksomheds inddragelse under artikel 45, stk. 1, EF trækker svaret på spørgsmålet om anvendelse af direktivet på dette erhverv med sig.

B — *Anvendeligheden af direktiv 2005/36 på notarerhvervet*

51. I sin stævning har Kommissionen med føje afvist, at 41. betragtning til direktiv 2005/36 fungerer som fortolkningsparameter for artikel 45, stk. 1, EF. Direktivets udtalelse på dette punkt er nemlig ikke afgørende for virkningerne af at kvalificere notarvirksomhed som offentlig myndighed eller det modsatte. Kommissionen har imidlertid anerkendt, at betragtningen bekræfter, at artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF finder anvendelse, når en virksomhed er forbundet med udøvelsen af offentlig myndighed. Det fremgår således af Kommissionens stævning, at såfremt en virksomhed som den notarielle — ikke abstrakt, men set i lyset af sagens konkrete omstændigheder — er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, finder bestemmelserne i direktiv 2005/36 ikke anvendelse.

52. Af de i punkt 45-48 i dette forslag til afgørelse anførte grunde er jeg af den opfattelse, at den portugisiske notarvirksomhed, sådan som den var udformet den 18. december 2006, var direkte og særligt forbundet med udøvelse af offentlig myndighed. Jeg er følgelig enig med Kommissionen, og konklusionen må være, at direktiv 2005/36 ikke fandt anvendelse på den portugisiske notarvirksomhed på det omhandlede tidspunkt.

53. Den Portugisiske Republik har, hovedsageligt under retsmødet, gjort gældende, at notarerhvervet har været genstand for flere reformer med henblik på at indføre større konkurrence i sektoren. Den Portugisiske Republiks repræsentant har for Domstolen anført, at den portugisiske lovgiver for at nå dette resultat har fjernet den obligatoriske

16 — Jf. Reyners-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8.

karakter af en betydelig del af de retsakter, som tidligere krævede notariel mellemkomst, og som nu også kan gennemføres for andre fagfolk. Disse omstændigheder kan i givet fald være tilstrækkeligt relevante til eventuelt at kunne forkaste den kvalificering af notarvirksomhed, der er gjort gældende i dette forslag til afgørelse. I denne sag kan der imidlertid ikke tages hensyn til sådanne ændringer, da den relevante dato med hensyn til sagens afgørelse er den frist, Kommissionen fastsatte for den sagsøgte stat til at bringe de i den begrundede udtalelse påpegede overtrædelser til ophør. Som tidligere anført var datoen den 18. december 2006.

54. Den omstændighed, at der i dette forslag til afgørelse gives udtryk for den opfattelse, at den portugisiske notarvirksomhed er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, betyder ikke, at debatten om rækkevidden af artikel 43 EF og artikel 45, stk. 1, EF på portugisisk notarvirksomhed er afsluttet. Som jeg har argumenteret for i mit forslag til afgørelse i sagerne C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 og C-61/08, fører konstateringen af, at en virksomhed er forbundet med udøvelse af offentlig myndighed, til gennemførelse af en proportionalitetskontrol i lyset af artikel 43 EF og 45, stk. 1, EF. Den omstændighed, at Kommissionen i den foreliggende sag udelukkende har nedlagt påstand vedrørende direktiv 2005/36, udelukker en analyse af sagen på grundlag af det nævnte parameter.

55. Den Portugisiske Republik bør følgelig frifindes.

VI — Sagens omkostninger

56. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, bør det pålægges den at betale sagens omkostninger, da Den Portugisiske Republik har nedlagt påstand herom.

57. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 4, første afsnit, bærer Den Tjekkiske Republik, Republikken Litauen, Republikken Slovenien, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Den Slovakiske Republik, der er indtrådt i sagen, deres egne omkostninger.

VII — Forslag til afgørelse

58. Jeg vil på denne baggrund foreslå, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

»1) Den Portugisiske Republik frifindes.

2) Europa-Kommissionen betaler sagens omkostninger.

3) Den Tjekkiske Republik, Republikken Litauen, Republikken Slovenien, Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland samt Den Slovakiske Republik bærer deres egne omkostninger.«