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

1. De Europese Commissie verwijt de Portugese Republiek krachtens artikel 226 EG niet-nakoming van richtlijn 2005/36 met betrekking tot de erkenning van diploma's waarmee beroepsopleidingen worden afgesloten[2], doordat zij niet de relevante maatregelen heeft vastgesteld om deze richtlijn toepassing te doen vinden op het beroep van notaris in Portugal.

2. Net als in de zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08, die eveneens betrekking hebben op het beroep van notaris, moet in deze zaak vooraf worden nagegaan of artikel 45, eerste alinea, EG, dat voorziet in een uitzondering voor werkzaamheden waarmee wordt deelgenomen aan de uitoefening van het openbaar gezag, in casu van toepassing is.[3] Anders dan in de aangehaalde zaken komt de Commissie niet op tegen het bestaan van nationaliteitsclausules, aangezien een dergelijke beperking in Portugal in beginsel niet bestaat. Aanleiding voor dit beroep is het bestaan van een systeem voor toegang tot het beroep van notaris in Portugal dat haaks staat op hetgeen op grond van het gemeenschapsrecht, met name richtlijn 2005/36, inzake beroepsdiploma's is vereist.

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 (PB L 255, blz. 22).

3 — Ik wijs er reeds nu op dat de notaris naar Latijns model, waarop die beroepen betrekking hebben, weliswaar de meest wijd verbreide in Europa blijft, doch in de Europese Unie naast andere varianten bestaat waarvan niet aan de orde is of zij al dan niet onder artikel 45, eerste alinea, EG vallen, omdat de notaris geheel deel uitmaakt van de overheidsadministratie, dan wel omdat het verlenen van authenticiteit geen deel uitmaakt van zijn werkzaamheden in de in deze conclusie bedoelde zin. Ten slotte is de situatie in Europa de laatste jaren nog diverser geworden doordat de nationaliteitsclausule is afgeschaft in sommige staten die het notariaat naar Latijns model handhaven (Italië en Spanje).

I — Wettelijk kader

A — *Gemeenschapsrecht*

3. Richtlijn 89/48/EEG betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hogeronderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van ten minste drie jaar worden afgesloten [4], voorzag in een omzettingstermijn die overeenkomstig artikel 12 daarvan op 4 januari 1991 afliep.

4. Artikel 2 van deze richtlijn luidde:

„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. Het beroep van notaris is niet geregeld in een instrument als bedoeld in de tweede alinea van de zojuist genoemde bepaling.

6. Richtlijn 89/48 werd ingetrokken en gecodificeerd bij richtlijn 2005/36/EG. De nieuwe tekst komt in wezen overeen met die van richtlijn 89/48, maar punt 41 van de considerans is nieuw in vergelijking met de vorige richtlijn en luidt:

„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*

7. In Portugal is het beroep van notaris geregeld in Decretos-Lei (besluitwetten) nrs. 26/2004 en 27/2004 van de minister van Justitie van 21 april 2004. Bij Portaria (besluit) nr. 398/2004, eveneens van 21 april 2004, heeft de regering de voorschriften voor de toekenning van de titel van notaris vastgesteld. Met dit geheel van bepalingen is in Portugal een liberalisering tot stand gebracht van het beroep van notaris, dat tot dan toe werd uitgeoefend door openbare ambtenaren waarvoor het publiekrechtelijke stelsel gold.

8. Blijkens artikel 1 van Decreto-Lei nr. 26/2004 „[is] de notaris de jurist wiens geschriften, opgemaakt in de uitoefening van zijn ambt, authentiek zijn".

4 — Richtlijn van de Raad van 21 december 1988 (PB 1989, L 19, blz. 16).

9. De notaris is zowel een ambtenaar die juridische akten waarmerkt als een beoefenaar van een vrij beroep die volledig onafhankelijk en onpartijdig optreedt. In artikel 1 wordt verder gezegd dat het openbare en het particuliere karakter van het notarisambt onlosmakelijk verbonden zijn.

10. Zoals Portugal in zijn verweerschrift heeft erkend, is het verlenen van authenticiteit de voornaamste bezigheid van de notaris. Dit is te zien als een delegatie van de staat aan de notaris, waarbij deze de bevoegdheid krijgt om authentieke akten te verlijden. Volgens artikel 21 van Decreto-Lei nr. 26/2004 staat het zegel, of het overeenkomstige nummer, waarvan de notaris de exclusieve houder is, symbool voor het optreden van de notaris. De notaris treedt op verzoek van de partijen op en biedt de waarborg dat de verleden akten rechtsgeldig zijn en worden gearchiveerd en bewaard.

11. Volgens artikel 371 van de Código Civil (Portugees burgerlijk wetboek) hebben authentieke akten volledige bewijskracht, waartegen slechts kan worden opgekomen via buitengewone procedures (artikel 372 Código Civil). Volgens artikel 46 van de Código de Processo Civil (Portugees wetboek van burgerlijke rechtsvordering) heeft de authenticiteit voorts tot gevolg dat het document executoriale kracht heeft.

12. Overeenkomstig artikel 25 van Decreto-Lei nr. 26/2004 gelden voor de toegang tot het beroep van notaris vier voorwaarden: openbare ambten mogen bekleden; in het bezit zijn van een naar Portugees recht erkend universitair diploma in de rechten; met succes volgen van een stage, en geslaagd zijn voor het door de notariële beroepsorganisatie georganiseerde examen.

13. Hoewel het notariaat een vrij beroep is, geldt voor de toegang tot het beroep ingevolge artikel 6 van Decreto-Lei nr. 26/2004 een numerus clausus. Voorts treedt de notaris, na toewijzing van een standplaats, op in een geografisch bepaald gebied, het ambtsgebied. De honoraria van notarissen worden berekend op basis van door de minister van Justitie vastgestelde tarieven, waarbij minima en maxima worden gehanteerd, doch waarbij het tevens mogelijk is dat de prijzen voor bepaalde notariële diensten vrij zijn.

II — Precontentieuze procedure en procesverloop voor het Hof

14. Bij brief van 21 december 2001 stelde de Commissie Portugal in gebreke wegens niet-omzetting van richtlijn 89/48/EEG wat het beroep van notaris betreft. Bij brief van 17 juni 2002 antwoordde Portugal dat de regering dienaangaande een wetswijziging voorbereidde.

15. In haar met redenen omkleed advies van 18 oktober 2006 verzocht de Commissie Portugal binnen twee maanden een einde te

maken aan de niet-nakoming. Bij brief van 24 januari 2007 antwoordde Portugal dat de Portugese notarissen rechtstreeks en daadwerkelijk deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag en derhalve niet vallen onder de vrijheid van vestiging en het ter uitvoering daarvan vastgestelde afgeleide recht.

16. Het relevante nationale wettelijke kader voor deze niet-nakomingsprocedure is bijgevolg dat wat gold op 18 december 2006, de datum waarop de termijn verstreek die de Commissie de verwerende staat in het met redenen omkleed advies had gesteld.

17. Op 12 februari 2008 stelde de Commissie krachtens artikel 226 EG bij het Hof beroep wegens niet-nakoming in, waarop respectievelijk het verweerschrift, de repliek en de dupliek van de verwerende lidstaat en verzoekster volgden. Daarnaast zijn tussengekomen het Verenigd Koninkrijk aan de zijde van de Commissie, en Tsjechië, Litouwen, Slovenië en Slowakije aan de zijde van Portugal.

III — Conclusies van partijen

18. De Commissie concludeert dat het het Hof behage:

— vast te stellen dat de Portugese Republiek, door richtlijn 2005/36/EG, met name wat de toegang tot het beroep van notaris betreft, niet te hebben omgezet, de krachtens deze richtlijn op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, en

— de Portugese Republiek te verwijzen in de kosten.

19. De Portugese Republiek verzoekt het Hof:

— het beroep te verwerpen en de Commissie te verwijzen in de kosten.

IV — Ontvankelijkheid van het beroep

20. De Sloveense regering voert, als interveniënte, een exceptie van niet-ontvankelijkheid aan met betrekking tot de voorschriften waarop de Commissie een beroep doet. Volgens haar maakt de Commissie in de precontentieuze fase van dit niet-nakomingsberoep het verwijt richtlijn 89/48 te hebben geschonden, terwijl zij thans, in de fase voor het Hof, schending verwijt van richtlijn 2005/36, die in de plaats is gekomen van eerstbedoelde richtlijn.

21. Deze exceptie kan niet worden aanvaard.

22. Volgens 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 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. [5]

23. Zoals het Hof meermaals heeft geoordeeld, blijft de Commissie, 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, in geval van een wijziging van het gemeenschapsrecht in de loop van de precontentieuze procedure, evenwel „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". [6]

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

6 — 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.

24. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, blijkt uit een vergelijking van die bepalingen dat de bepalingen van richtlijn 89/48/EEG zijn verscherpt en gecodificeerd in richtlijn 2005/36. Bijgevolg zijn de meeste verplichtingen die de lidstaten ingevolge richtlijn 89/48/EEG hadden, nog steeds van toepassing krachtens richtlijn 2005/36.

25. Derhalve dient de exceptie van niet-ontvankelijkheid te worden verworpen, aangezien zij betrekking heeft op de uit richtlijn 2005/36 voortvloeiende verplichtingen die reeds van toepassing waren krachtens de ingetrokken richtlijn.

V — Motivering van de niet-nakoming

26. In deze niet-nakomingszaak verwijt de Commissie de Portugese Republiek richtlijn 2005/36 niet te hebben omgezet wat het beroep van notaris betreft. Volgens Portugal is artikel 45, eerste alinea, EG op dat beroep van toepassing en vallen de werkzaamheden van notarissen dus niet onder deze richtlijn.

27. Aangezien ik het niet dienstig acht in mijn conclusie van vandaag in de zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08

en C-61/08 uitvoerig uiteengezette argumenten woord voor woord te herhalen, zal ik hierna alleen de voornaamste daarin gevolgde redeneerlijnen weergeven en deze vervolgens toepassen op de Portugese zaak.

A — *Werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag in de zin van de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG*

28. Nu Portugal zich op artikel 45, eerste alinea, EG beroept om de niet-omzetting van richtlijn 2005/36 te rechtvaardigen, moet om te beginnen worden stilgestaan bij de inhoud van deze bepaling.

29. De artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG vormen immers in feite een normatieve eenheid die is gebaseerd op een voorschrift (vrijheid van vestiging) en een uitzondering (werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag), aan de hand waarvan haar werkingssfeer wordt bepaald. Uit het verband tussen beide voorschriften volgt de doorslaggevende norm voor de beslechting van deze zaak. Bijgevolg is geen sprake van een voorschrift (artikel 43 EG) waarop gewoon een uitzondering wordt gemaakt (artikel 45, eerste alinea, EG), maar wel van een ander voorschrift, namelijk het voorschrift dat de werkingssfeer van de vrijheid van vestiging bepaalt voor werkzaamheden die *geen* verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag. Dat is de werkingssfeer van de concrete door het Verdrag gewaarborgde vrijheid en tegen die achtergrond moet de door de Commissie gestelde niet-nakoming van de artikelen 43 EG en 45 EG worden gezien.

30. Zodra de uitleggingsinstantie tot de conclusie komt dat werkzaamheden wel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag, dient een evenredigheidstoetsing te worden toegepast. Voor de genoemde bepalingen wordt de evenredigheidstoetsing in voorkomend geval toegepast door middel van een vergelijkbaar onderzoek als het Hof in zijn rechtspraak verricht[7], waarbij wordt afgewogen (1) wat de impact van de vastgestelde maatregel is en (2) in hoeverre de betrokken werkzaamheden deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden. Hoe rechtstreekser of directer de deelneming, hoe ruimer het scala aan maatregelen op grond van artikel 45, eerste alinea, EG. Hoe minder rechtstreeks, hoe minder maatregelen kunnen worden gerechtvaardigd op grond van deze bepaling, en dit dus zowel naar aantal als naar intensiteit.

31. Zoals te verwachten is, is bij de uitlegging van de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG de voornaamste moeilijkheid evenwel de precieze omschrijving van „openbaar gezag".

7 — 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 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.

32. Zoals ik in mijn conclusie in de zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08 reeds heb uiteengezet, bevat de rechtspraak weinig indicaties met betrekking tot het karakter en de kenmerken van het in artikel 45, eerste alinea, EG vermelde „openbaar gezag”. [8]

33. Bij de omschrijving van wat openbaar gezag is in de zin van deze bepaling [9], kan niet anders dan worden uitgegaan van een bepaalde idee van het begrip „openbaar gezag” als een algemene categorie van de theorie van de staat, waaronder de Unie begripsmatig als een gemeenschap van staten noodzakelijkerwijs dient te worden gebracht. [10]

34. In die zin is „openbaar gezag” in de eerste plaats „gezag”, dat wil zeggen het vermogen om gedrag op te leggen dat beantwoordt aan een wil waartegen geen verzet mogelijk is. Overeenkomstig een algemeen geaccepteerde opvatting, en in de meest volledige uitdrukking daarvan, komt dat vermogen uitsluitend toe aan de staat, als verpersoonlijking van een rechtsorde die de uitoefening van de legitieme macht ordent. [11] Openbaar gezag is aldus het gezag van de soeverein, *qui superiorem non recognoscens in regno suo*.

35. Dit wil zeggen dat er in de staat niet méér legitieme macht bestaat dan het openbaar gezag, dat wordt uitgeoefend ten behoeve van het bestaan van de staat en de verwezenlijking van zijn doelstellingen (algemeen belang), dan wel ten behoeve van de legitieme gedragsverwachtingen die particulieren koesteren jegens andere particulieren (particulier belang). In het laatste geval dienen steeds de vooraf gestelde voorwaarden in acht te worden genomen. [12]

8 — Zie onder meer arresten van 21 juni 1974, Reyners (2/74, Jurispr. blz. 631); 5 december 1989, Commissie/Italië (C-3/88, Jurispr. blz. 4035); 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); 13 december 2007, Commissie/Italië (C-465/05, Jurispr. blz. I-11091), en 22 oktober 2009, Commissie/Portugal (C-438/08, Jurispr. blz. I-10219).

9 — In de verschillende versies van artikel 45, eerste alinea, EG worden overigens twee begrippen door elkaar gebruikt die theoretisch gezien bepaalde nuances kunnen hebben, namelijk „openbare autoriteit” en „openbaar gezag”. Zo wordt „openbare autoriteit” onder meer gebezigd in de Franse versie („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 („l-eżerċizzju ta' l-awtorità pubblika”), terwijl de uitdrukking „openbaar gezag” voorkomt in de Spaanse versie („ejercicio del poder público”), de Duitse („Ausübung öffentlicher Gewalt”), de Italiaanse („esercizio dei pubblici poteri”) en de Zweedse („utövandet av offentlig makt”).

10 — Het laatste woord bij de inhoudsbepaling van het begrip dient wel voor het recht van de Unie te zijn, met dien verstande dat het Hof, als hoogste uitleggingsinstantie van dit recht, bij zijn omschrijving steeds de nationale benaderingen van de betrokken categorie als uitgangspunt neemt. Zie onder meer Schlag, M., *EU-Kommentar*, artikel 45 (ed. J. Schwarze), 2e druk, Nomos, Baden, 2009.

11 — Zie onder meer Passerin d'Entreves, A., *La dottrina dello Stato*, Giappichelli, Turijn, 1962, waarin een zeer uitvoerige bibliografie is opgenomen.

12 — Het geval van de door een andere staat gemonopoliseerde macht waarbij twee staten aan elkaar gelieerd zijn met inachtneming van hun door het internationale recht afgebakende respectievelijke soevereiniteit, blijft uiteraard buiten beschouwing.

36. Het doel dat de door de staat gemonopoliseerde en uitgeoefende macht dient, vormt zonder twijfel een eerste criterium bij het trekken van de grens tussen openbaar gezag en particulieren.

37. Het meest gebruikelijke criterium om het openbaar gezag te identificeren is het vermogen van het openbaar gezag om zijn wil eenzijdig op te leggen, dat wil zeggen zonder dat de nalevingsplichtige daarmee hoeft in te stemmen. Een particulier daarentegen kan zijn wil slechts door een andere particulier doen accepteren met diens instemming.

38. Daarop voortbouwend sta ik stil bij de eigenschappen van de moderne staat als veel verfijndere vorm van gezagsordening dan de vroegere vormen waarbij alleen het gebruik van fysieke dwangmaatregelen was geregeld in buitengewoon vereenvoudigde procedures, die enkel bepaalden onder welke voorwaarden daarvan gebruik kon worden gemaakt. Om die reden is, om het verschijnsel „openbaar gezag" in al zijn complexiteit te vatten, het vandaag de dag bijna onvermijdelijk een openbaargezagsbegrip te hanteren op basis van de logica van de rechtsorde waarin dat gezag wordt uitgeoefend.

39. Zo bekeken is de rechtsorde een proces van ordening van de uitoefening van legitieme macht dat in voorkomend geval uitmondt in het gebruik van die macht in een concreet geval. Aangenomen kan dan ook worden dat de handelingen waarmee de ordening wordt beëindigd (waar het legitiememachtsproces eindigt met een handeling die een einde maakt aan dat proces en er een definitieve vorm aan geeft), de meest volle uitdrukking van de rechtsorde vormen. [13]

40. Volgens deze benadering is het doorslaggevende criterium om een handeling aan te merken als afgeleid van het openbaar gezag, dus de aard van haar verband met de inrichting van de staat. Concreet moet bij de beoordeling of werkzaamheden deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag, worden uitgegaan van het criterium van hun integratie in (de mate van *behoren tot*) die rechtsorde. Het criterium is dus niet de enkele omstandigheid dat die werkzaamheden in overeenstemming zijn met die orde, maar wel dat zij als ordenende handelingen daarvan deel uitmaken. [14]

13 — Zie met betrekking tot de ordening als een opeenvolging van toerekeningen die zijn terug te voeren op een eerste „Grundnorm" die de uitdrukking van de soevereine macht vormt, typischerwijs Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2e druk, Deuticke, Wenen, 1960.

14 — Vandaar dat bij de beantwoording van de vraag of bepaalde werkzaamheden al dan niet deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag niet hoeft te worden gestreefd naar indeling daarvan bij een van de drie machten en/of taken van de staat, namelijk wetgever, bestuur en rechter, inzonderheid de laatste, zoals is gebleken uit de argumenten die in deze procedure tegenover elkaar zijn gezet.

41. In deze optiek kan de rechter worden gezien als de meest kenmerkende uiting van openbaar gezag. Met zijn beslissingen wordt immers definitief recht gedaan en in die zin valt de rechtsorde daarmee samen. [15] Om dezelfde reden kan tevens worden gezegd dat sprake is van openbaar gezag wanneer handelingen die status kunnen bereiken zonder dat *iurisdictio* nodig is. Om te beginnen zijn wetten als zodanig uitvoerbaar, net als bestuursrechtelijke bepalingen of bevelen van wetshandhavingsautoriteiten. Daarbij gaat het steeds om handelingen en bepalingen die rechterlijk kunnen worden getoetst, maar in geen geval *machtiging* behoeven om onmiddellijk effect te sorteren.

42. Gelet op het voorgaande moge duidelijk zijn dat particulieren alleen door middel van het openbaar gezag rechtshandelingen kunnen verrichten die afdwingbaar zijn jegens derden. Nu het gebruik van geweld door particulieren is uitgesloten, is voor het geldend maken van de eigen rechten steeds openbare machtiging vereist. In dergelijke gevallen beperkt het openbaar gezag zich niet tot *toetsing* van een handeling die op zich een bindend effect jegens derden kan sorteren, zoals handelingen van het bestuur, de regering of de wetgever. In die gevallen treedt het openbaar gezag daarentegen steeds op als *constitutieve* autoriteit van de verplichting waarop de particulier zich jegens een derde wil beroepen. Het betreft dan verplichtingen die mogelijkerwijs zijn ontstaan uit een wilsovereenstemming (overeenkomst/lijdelijkheid), maar waarvan particulieren alleen door middel van het openbaar gezag nakoming kunnen afdwingen.

43. Bijgevolg luidt de conclusie, steeds met de in elk geval vereiste mate van abstractie, dat wat de kenmerken ter identificatie van het openbaar gezag in de verschillende nationale tradities betreft, rekening dient te worden gehouden met het kenmerk dat uiting geeft aan het vermogen om een handeling, bepaling of gedraging toe te rekenen aan de wil van de staat die in de rechtsorde is vastgelegd. Dat kenmerk is namelijk de kleinste gemene deler van al die tradities, waarin de omstandigheid dat een concrete wil kan worden toegerekend aan de algemene wil van de staat, het doorslaggevende criterium is om de grens te trekken die de openbare sfeer scheidt van de particuliere sfeer.

44. Aan de hand van de voorgaande overwegingen kan met iets meer duidelijkheid worden ingegaan op de centrale vraag betreffende de werkzaamheden van notarissen.

45. Tegen deze achtergrond moet mijns inziens worden erkend dat het Portugese notariaat, door het verlenen van authenticiteit,

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

rechtstreeks en specifiek openbare werkzaamheden uitoefent, nu aan particulieren meteen een machtiging om de eigen rechten uit te oefenen wordt verstrekt die zij anders steeds opnieuw dienen aan te vragen. Door het optreden van de notaris hoeft geen beroep te worden gedaan op een andere overheidsinstantie om gevolgen te verbinden aan de door de notaris voor authentiek verklaarde realiteit en heeft de gewaarmerkte akte een vaste en openbare rechtskracht die nog alleen voor de rechter kan worden betwist (net als alle handelingen van overheidsinstanties). Uiteraard is niet de omstandigheid dat geen rechterlijke toetsing mogelijk is — hetgeen ondenkbaar is in een rechtsstaat — het doorslaggevende kenmerk ter bepaling of sprake is van openbaar gezag, maar wel het als beginsel geldende vermoeden dat de eigen handelingen rechtmatig zijn, wat verklaart dat strenge voorwaarden gelden voor de toetsing daarvan.

46. Duidelijk is dat de notaris geen dwang uitoefent of eenzijdig verplichtingen oplegt. Dit is echter, zoals gezien, niet het enige doorslaggevende criterium ter bepaling of sprake is van openbaar gezag. Door het verlenen van authenticiteit worden akten van particulieren openbaar en krijgen zij meteen rechtskracht, terwijl particulieren anders een beroep moeten doen op een (andere) overheidsinstantie om ze rechtens uitvoerbaar te maken. Anders gezegd betreft het een vorm van openbaar gezag die zich afspeelt op het terrein dat dichter bij particulieren staat, dat zich bij uitstek kenmerkt door wilsautonomie. De openbare dimensie van de notaris is evenwel onbetwistbaar wanneer wordt gekeken naar zijn vermogen om het zuiver particuliere openbaar te maken en er aldus de macht aan te verbinden die inherent is aan het openbaar gezag.

47. Een andere zaak is dat, door de geringere intensiteit van het verband met de uitoefening van het openbaar gezag in engere zin (wegens de samenhang met de soevereine bevoegdheden), aan de uitoefening van de werkzaamheden van notarissen minder strenge voorwaarden kunnen worden gesteld dan het geval is bij instanties die nader betrokken zijn bij de uiting van soevereiniteit.

48. Aangezien het verlenen van authenticiteit de genoemde functie heeft, ben ik derhalve van mening dat sprake is van werkzaamheden die rechtstreeks en specifiek deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag, nu een eigen gezag wordt verleend aan handelingen, bepalingen en gedragingen die anders slechts de juridische waarde van de uiting van een particuliere wil zouden hebben.

49. Aangezien het verlenen van authenticiteit in de Portugese Republiek de essentie van het notarisambt is en daarmee dus onlosmakelijk verbonden is, luidt de conclusie dan ook dat het beroep van notaris, als regel en in zijn geheel beschouwd, rechtstreeks en specifiek deelneemt aan de uitoefening van het openbaar gezag. [16]

B — *Toepasselijkheid van richtlijn 2005/36 op het beroep van notaris*

50. Volgens punt 41 van de considerans van richtlijn 2005/36 „[laat] [d]eze richtlijn de toepassing van artikel 39, lid 4, en van artikel 45[, eerste alinea,] van het Verdrag, die met name notarissen betreffen, onverlet". Ondanks de onduidelijke bewoordingen lijkt de wetgever impliciet aan te geven dat het antwoord op de vraag of de werkzaamheden van notarissen onder artikel 45, eerste alinea, EG vallen, het antwoord bevat op de vraag of de richtlijn op dit beroep moet worden toegepast.

51. In haar verzoekschrift voert de Commissie terecht aan dat punt 41 van de considerans van richtlijn 2005/36 niet dient als uitleggingscriterium voor artikel 45, eerste alinea, EG. Hetgeen dienaangaande in de richtlijn wordt gesteld, is immers niet doorslaggevend om de werkzaamheden van notarissen al dan niet als openbaar gezag aan te merken. De Commissie erkent wel dat bij werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag het punt van de considerans bevestigt dat de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG toepassing moeten vinden. Uit het verzoekschrift van de Commissie blijkt dus dat wanneer werkzaamheden als die van notarissen — niet abstract, maar in het licht van de concrete omstandigheden van de zaak beschouwd — verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag, richtlijn 2005/36 niet van toepassing is.

52. Om de in de punten 45 tot en met 48 van deze conclusie uiteengezette redenen ben ik de mening toegedaan dat het Portugese notariaat, zoals het bestond op 18 december 2006, rechtstreeks en specifiek verband hield met de uitoefening van het openbaar gezag. Derhalve deel ik de mening van de Commissie en moet de conclusie luiden dat richtlijn 2005/36 toentertijd niet van toepassing was op de werkzaamheden van notarissen in Portugal.

53. De Portugese Republiek heeft ter terechtzitting met name aangevoerd dat het beroep van notaris verschillende malen is herzien om meer mededinging tot stand te brengen in deze sector. Volgens de informatie die de gemachtigde van de Portugese Republiek aan het Hof heeft verstrekt, heeft de Portugese

16 — Zie reeds aangehaalde arrest Reyners.

wetgever daartoe tal van rechtshandelingen waarvoor vroeger een notaris nodig was, niet langer verplicht gesteld, zodat zij thans ook met behulp van andere deskundigen kunnen worden verricht. Die omstandigheden kunnen in voorkomend geval voldoende ter zake dienend zijn om eventueel de in deze conclusie geformuleerde kwalificatie van de werkzaamheden van notarissen uit te sluiten. In deze procedure moet evenwel niet op die wijzigingen worden ingegaan, aangezien de relevante datum voor de beslechting van de zaak de termijn is die de Commissie de verwerende staat heeft gesteld om een einde te maken aan de in het met redenen omkleed advies vermelde inbreuken. Zoals reeds gezegd is die datum 18 december 2006.

54. Voorts betekent het feit dat ik mij in deze conclusie op het standpunt stel dat het Portugese notariaat verband houdt met de uitoefening van het openbaar gezag, niet het einde van de discussie over de reikwijdte van de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG met betrekking tot de werkzaamheden van notarissen in Portugal. Zoals ik in mijn reeds aangehaalde conclusie in de zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08 heb verdedigd, brengt de vaststelling dat werkzaamheden die verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag, met zich dat de evenredigheid wordt getoetst aan de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG. Doordat de Commissie in deze procedure slechts een grief betreffende richtlijn 2005/36 heeft aangevoerd, behoeft de zaak evenwel niet op basis van de genoemde maatstaf te worden getoetst.

55. Derhalve dient het beroep te worden verworpen.

VI — Kosten

56. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien de Commissie in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van de Portugese Republiek worden verwezen in de kosten.

57. Overeenkomstig artikel 69, lid 4, eerste alinea, dragen de Tsjechische Republiek, de Republiek Litouwen, de Republiek Slovenië, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Slowaakse Republiek, die in dit geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten.

VII — Conclusie

58. Gelet op al het voorgaande geef ik het Hof in overweging:

1) het beroep te verwerpen;

2) de Europese Commissie te verwijzen in de kosten, en

3) vast te stellen dat de Tsjechische Republiek, de Republiek Litouwen, de Republiek Slovenië, het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland en de Slowaakse Republiek hun eigen kosten dragen.