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

1. Europeiska kommissionen har, i enlighet med artikel 226 EG, yrkat att Republiken Portugal har åsidosatt direktiv 2005/36/EG om erkännande av yrkeskvalifikationer [2] genom att inte vidta lämpliga åtgärder för att göra det tillämpligt på yrket som notarius publicus i Portugal.

2. Precis som i målen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 och C-61/08, vilka också handlar om notarius publicus-yrket, är det i det förevarande målet nödvändigt att först bedöma huruvida artikel 45.1 EG, som innehåller ett undantag för verksamhet som utgör en del av utövandet av offentlig makt, är tillämplig. [3] I det här målet har kommissionen dock, till skillnad från vad som är fallet i de ovannämnda målen, inte riktat kritik mot ett nationalitetskrav eftersom någon sådan begränsning i princip inte existerar i Portugal. Bakgrunden till väckandet av talan är i stället att det finns ett system för tillträde till det portugisiska notarius publicus-yrket som diametralt strider mot gällande gemenskapslagstiftning, närmare bestämt mot direktiv 2005/36 om yrkestitlar.

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/36/EG av den 7 september 2005 om erkännande av yrkeskvalifikationer (EUT L 255, s. 2).

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

I – Tillämpliga bestämmelser

A – *Gemenskapsrätten*

3. I direktiv 89/48/EEG om en generell ordning för erkännande av examensbevis över behörighetsgivande högre utbildning som omfattar minst tre års studier [4] föreskrevs en övergångsperiod som enligt artikel 12 löpte ut den 4 januari 1991.

4. Artikel 2 lyder på följande sätt:

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

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

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

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

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

B – *Den nationella rätten*

7. I Portugal regleras notarius publicus-yrket i justitieministerns lagdekret 26/2004 och 27/2004 av den 21 april 2004. Genom dekret 398/2004, också det av den 21 april 2004, antog regeringen regler om tilldelning av titeln som notarius publicus. Dessa bestämmelser innebär en liberalisering av det portugisiska notarius publicus-yrket som tidigare utövades av statliga tjänstemän som var underkastade en offentligrättslig reglering.

8. I artikel 1 i lagdekret 26/2004 föreskrivs att ”en notarius publicus är en jurist vars skriftliga handlingar, som har upprättats inom ramen för utövandet av yrket, är officiella handlingar”.

4 — Rådets direktiv av den 21 december 1988 (EGT L 19, 1989, s. 16; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 192).

9. Notarius publicus är en tjänsteman som legaliserar juridiska handlingar i egenskap av en fri yrkesutövare som agerar utifrån en helt oberoende och opartisk ställning. I ovannämnda artikel 1 anges dessutom att notarius publicus-ämbetets offentliga och privata karaktär är oskiljaktiga.

10. Legaliseringen utgör, såsom Portugal har angett i sitt svaromål, notarius publicus huvudverksamhet. Legaliseringen sker efter delegering från staten till notarius publicus, vilken tillerkänns behörighet att bestyrka handlingar. Enligt artikel 21 i lagdekret 26/2004 är symbolen för notarius publicus ingripande den stämpel, eller motsvarande nummer, som notarius publicus ensam är behörig att använda. Notarius publicus ingriper på parternas begäran och garanterar dessa att de kontrollerade handlingarna är lagenliga och att de kommer att arkiveras och finnas kvar.

11. Enligt artikel 371 i den portugisiska civillagen har de legaliserade handlingarna ett kvalificerat bevisvärde och de kan endast ifrågasättas med hjälp av särskilda rättsmedel (artikel 372 i civillagen). Artikel 46 i civilprocesslagen slår fast att legaliseringen gör handlingen verkställbar.

12. I artikel 25 i lagdekret 26/2004 uppställs fyra villkor för tillträde till notarius publicus-yrket. Det krävs att personen inte saknar rätt att inneha offentlig tjänst, har avlagt en juridisk examen som erkänns i portugisisk lagstiftning, har slutfört en anpassningstid och har godkänts i det tillträdesprov som anordnas av notarius publicus-rådet.

13. Trots att notarius publicus-ämbetet utgör ett fritt yrke är tillträdet till yrket begränsat till ett visst antal tjänster (*numerus clausus)* i enlighet med artikel 6 i lagdekret 26/2004. Notarius publicus verkar inom ett visst geografiskt område som specificeras vid tilldelningen av verksamhetstillståndet. Arvodet till notarius publicus beräknas utifrån tariffer som fastställs av justitieministern och där det anges minimi- och maximibelopp, samtidigt som det också föreskrivs att det kan förekomma vissa tjänster som utförs av notarius publicus för vilka det råder fri prissättning.

II – Det administrativa förfarandet och målet vid domstolen

14. Kommissionen tillställde den 21 december 2001 Portugal en formell underrättelse angående underlåtelse att införliva direktiv 89/48 beträffande notarius publicus-yrket. Portugal svarade i skrivelse av den 17 juni 2002 att regeringen förberedde en lagstiftningsreform på området.

15. Den 18 oktober 2006 sände kommissionen ett motiverat yttrande till Portugal och anmodade medlemsstaten att slutföra

genomförandet inom en tvåmånadersfrist. Portugal genmälde i skrivelse av den 24 januari 2007 att notarius publicus i Portugal deltar direkt och faktiskt i utövandet av offentlig makt och således inte omfattas av etableringsfriheten eller av den lagstiftning som härrör från och utvecklar etableringsfriheten.

16. De nationella bestämmelser som är relevanta i förevarande mål om fördragsbrott är således de som var i kraft den 18 december 2006, vilket är datumet för utgången av den frist som kommissionen beviljade medlemsstaten i det motiverade yttrandet.

17. Den 12 februari 2008 väckte kommissionen talan om fördragsbrott vid domstolen med stöd av artikel 226 EG. Därefter inkom sökanden och den svarande medlemsstaten med svaromål, replik och duplik. Förenade kungariket intervenerade till stöd för kommissionen, samtidigt som Republiken Tjeckien, Litauen, Slovenien och Slovakien uttryckte sitt stöd för Portugal.

III – Parternas yrkanden

18. Kommissionen har yrkat att domstolen ska

— fastställa att Republiken Portugal har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt direktiv 2005/36 genom att inte införliva det, särskilt vad gäller tillträdet till notarius publicus-yrket, och

— förplikta Republiken Portugal att ersätta rättegångskostnaderna.

19. Republiken Portugal har yrkat att domstolen ska ogilla talan och förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

IV – Huruvida talan kan tas upp till sakprövning

20. Den slovenska regeringen har i egenskap av intervenient anfört att talan inte kan tas upp till sakprövning på grund av de bestämmelser som kommissionen har åberopat. Enligt denna regering gjorde kommissionen innan den väckte talan om fördragsbrott gällande att den berörda medlemsstaten hade åsidosatt direktiv 89/48 men har nu under det pågående målet anfört att åsidosättandet avser direktiv 2005/36, som ersätter det tidigare direktivet.

21. Denna invändning kan inte godtas.

22. Enligt fast rättspraxis är ett korrekt genomförande av det administrativa förfarandet nödvändigt enligt fördraget, inte bara som en garanti för skyddet av den berörda medlemsstatens rättigheter, utan också för att säkerställa att ett eventuellt domstolsförfarande får ett klart avgränsat tvisteföremål. Det är bara med utgångspunkt i ett korrekt genomfört administrativt förfarande som det kontradiktoriska förfarandet inför domstolen ger densamma möjlighet att avgöra om medlemsstaten faktiskt har underlåtit att uppfylla exakt de skyldigheter som kommissionen påstår att staten har åsidosatt. [5]

23. Det är dock så, som domstolen har upprepat vid flera tillfällen, att även om de yrkanden som ansökan innehåller således i princip inte kan utvidgas till att omfatta andra fördragsbrott än dem som gjorts gällande i det motiverade yttrandets slutsats och i den formella underrättelsen, har kommissionen inte desto mindre möjlighet att, ”när en ändring av gemenskapsrätten sker under det administrativa förfarandets gång, göra gällande att sådana skyldigheter som härrör från den ursprungliga versionen av ett direktiv, senare ändrat eller upphävt, och som kvarstår genom de nya bestämmelserna har åsidosatts”. [6]

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

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

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

25. Härav följer att talan kan tas upp till sakprövning eftersom det rör sig om skyldigheter enligt direktiv 2005/36 som redan förelåg enligt det upphävda direktivet.

V – Grunden för talan om fördragsbrott

26. I det aktuella målet har kommissionen gjort gällande att Republiken Portugal inte har införlivat direktiv 2005/36 med avseende på notarius publicus-yrket. Portugal har å sin sida hävdat att artikel 45.1 EG är tillämplig på notarius publicus-yrket och att det ovannämnda direktivet följaktligen inte är tillämpligt på notarius publicus-verksamheten.

27. Det framstår inte som lämpligt med ett fullständigt återgivande av samtliga de argument som jag har utvecklat i detalj i mitt förslag till avgörande i målen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 och C-61/08 och

som kommer att föredras i dag. Därför inskränker jag mig till att ta upp de huvudsakliga argumentationslinjer som förekommer i nämnda förslag till avgörande för att därefter tillämpa dem på det portugisiska fallet.

A – *Verksamheter som är förenade med utövandet av offentlig makt i den mening som avses i artiklarna 43 EG och 45.1 EG.*

28. Eftersom Portugal har åberopat artikel 45.1 EG för att motivera underlåtenheten att införliva direktiv 2005/36 ska jag först och främst uppehålla mig vid innehållet i denna bestämmelse.

29. Artiklarna 43 EG och 45.1 EG utgör en normativ enhet utifrån en regel (etableringsfriheten) och ett undantag (verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt), vilka sålunda anger tillämpningsområdet. Det är sambandet mellan dessa två regler som resulterar i den reglering som är avgörande för utgången i detta mål. Vi har således inte att göra med en regel (artikel 43 EG) vars tillämpning endast är föremål för ett *undantag* (artikel 45.1 EG), utan det är fråga om en regel av ett annat slag, nämligen en regel som bestämmer tillämpningsområdet för etableringsfriheten vid utövandet av verksamhet som *inte* utgör en del av utövandet av offentlig makt. Detta är tillämpningsområdet för den konkreta frihet som garanteras genom fördraget. Det är så kommissionens påstående om åsidosättande av artiklarna 43 EG och 45 EG ska förstås.

30. När uttolkaren av rätten kommer fram till att en verksamhet faktiskt är förenad med utövandet av offentlig makt ska en proportionalitetskontroll genomföras. När det gäller de ovannämnda bestämmelserna ska, i förekommande fall, proportionalitetskontrollen genomföras genom en undersökning liknande den som domstolen har gjort i praxis, [7] varvid en avvägning görs mellan 1) åtgärdens styrka å ena sidan och 2) graden av den omstridda verksamhetens delaktighet i utövandet av offentlig makt. Ju mer direkt och omedelbar delaktigheten är desto större är det urval av åtgärder som ryms inom artikel 45.1 EG. Ju mindre direkt den är desto mer begränsade ska de åtgärder som vidtas med hänvisning till nämnda delaktighet vara, både vad gäller kvantitet och styrka.

31. Den huvudsakliga tolkningssvårigheten beträffande artiklarna 43 EG och 45.1 EG avser dock, vilket är förutsebart, den exakta tolkningen av ”offentlig makt”.

7 — Bland några av de senast avkunnade domarna, se dom av den 12 september 2006 i mål C-194/06, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (REG 2006, s. I-7995), punkt 61 och följande punkter, av den 3 oktober 2006 i mål C-452/04, Fidium Finanz (REG 2006, s. I-9521), punkt 46. Angående principen och dess roll vid överväganden avseende friheterna, se Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, andra upplagan, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 193 och följande sidor, samt Galetta, D.-U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 1998, s. 103 och följande sidor.

32. Såsom har anförts i förslaget till avgörande i målen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 och C-61/08 innehåller rättspraxis få anvisningar för att utreda av vilken art och beskaffenhet den ”offentliga makt” är som åsyftas i den bestämmelse som här behandlas. [8]

33. Definieringen av vad som är offentlig makt i den mening som avses i artikel 45.1 EG [9] måste utgå ifrån en viss *grundläggande förståelse* av den offentliga makten såsom ett allmänt begrepp i statsteorin, enligt vilken unionen begreppsmässigt måste ses som en gemenskap av stater. [10]

34. I denna mening ska ”offentlig makt” framför allt uppfattas som ”makt”. Det betyder kapacitet att påtvinga ett beteende i enlighet med en vilja som det inte går att göra motstånd mot. Enligt en allmänt vedertagen uppfattning av uttrycket, i dess vidaste mening, tillkommer denna kapacitet endast staten, det vill säga den institution som förkroppsligar rättsväsendet i form av ett verktyg för att förvalta och organisera det legitima våldet. [11] Offentlig makt är således den makt som tillkommer den suveräna härskaren, som inte erkänner någon högre makt i sitt eget rike (*qui superiorem non recognoscens in regno suo)*.

35. Det betyder att det legitima våldet i en stat endast kan härröra från den offentliga makten. Detta kan ske för att skydda antingen statens existens och eftersträvandet av dess mål (allmänintresse) eller vissa enskildas berättigade förväntningar på andra enskildas agerande (enskilt intresse). I det senare fallet måste alltid vissa uppställda villkor vara uppfyllda. [12]

8 — Se, bland annat, dom av den 21 juni 1974 i mål 2/74, Reyners (REG 1974, s. 631; svensk specialutgåva, volym 2, s. 309), av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien (REG 1989, s. 4035; svensk specialutgåva, volym 10, s. 269), av den 29 oktober 1998 i mål C-114/97, kommissionen mot Spanien (REG 1998, s. I-6717), av den 9 mars 2000 i mål C-355/98, kommissionen mot Belgien (REG 2000, s. I-1221), av den 31 maj 2001 i mål C-283/99, kommissionen mot Italien (REG 2001, s. I-4363), av den 13 december 2007 i mål C-465/05, kommissionen mot Italien (REG 2007, s. I-11091), och av den 22 oktober 2009 i mål C-438/08, kommissionen mot Portugal (REG 2009, s. I-10219).

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

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

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

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

36. Syftet med statens våldsmonopol utgör utan tvekan ett första kriterium som ska beaktas vid en gränsdragning mellan den offentliga makten och de enskilda.

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

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

39. Enligt ett sådant synsätt utgör rättsordningen en process för att organisera utövandet av den legitima våldsanvändningen som i förekommande fall kan leda till tillämpning av våld i ett konkret fall. Mot denna bakgrund bör det inte finnas något som talar emot ett accepterande av att de handlingar som rättsordningen utmynnar i (där processen med legitim våldsanvändning leder till en handling som avslutar denna process och gör att ett slutgiltigt stadium nås i processen) framstår som det mest fullkomliga uttrycket för rättsordningen. [13]

40. Enligt detta resonemang är det avgörande kriteriet för beteckningen av en handling såsom härrörande från den offentliga makten således av vilken beskaffenhet dess koppling till statens rättsordning är. En verksamhets beskaffenhet ska närmare bestämt ses som ett uttryck för delaktighet i utövandet av offentlig makt beroende på dess integration (graden av *tillhörighet*) i rättsordningen. Kriteriet ska således inte bara vara huruvida verksamheten är förenlig med rättsordningen, utan huruvida den utgör en del av den. [14]

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

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

41. I denna mening kan rättsväsendet ses som det mest kännetecknande uttrycket för den offentliga makten. Det är domstolarna som slår fast vad som är gällande rätt, och i den meningen flyter rättsväsendet samman med domstolsavgörandena. [15] Men av samma anledning kan vi också säga att ett organ utövar offentlig makt när dess handlingar kan uppfylla detta villkor utan att det föreligger behov av *iurisdictio*. Till att börja med är lagen verkställbar i sig, liksom också är fallet med bestämmelser från administrativa organ och rättsvårdande myndigheter. Det rör sig i samtliga fall om handlingar och bestämmelser som kan bli föremål för domstolsprövning, men det är inte i något fall nödvändigt med någon *auktorisering* för att verkningar omedelbart ska uppstå.

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

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

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

45. Mot denna bakgrund ska det medges att notarius publicus i Portugal genom

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

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

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

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

48. I den mån legaliseringen motsvarar denna funktion anser jag att det rör sig om en verksamhet som är direkt och specifikt delaktig i utövandet av offentlig makt, eftersom notarius publicus ser till att handlingar, bestämmelser och ageranden – som juridiskt sett annars inte skulle vara mer värda än en privat viljeyttring – ges en särskild status.

49. I den mån legaliseringen utgör notarius publicus-yrkets kärna i Republiken Portugal, ska det konstateras att notarius publicus-yrket i allmänhet och sett som helhet direkt och specifikt utgör en del av utövandet av offentlig makt. [16]

B – *Huruvida direktiv 2005/36 är tillämpligt på notarius publicus-yrket*

50. I skäl 41 i direktiv 2005/36 anges följande: ”Detta direktiv påverkar inte tillämpningen av artikel 39.4 och artikel 45[.1] i fördraget, som bland annat rör notarius publicus.” Det kan trots förklaringens tvetydighet konstateras att lagstiftaren implicit förefaller låta förstå att svaret på om notarius publicus-verksamheten omfattas av artikel 45.1 EG *leder till* svaret på frågan huruvida direktivet är tillämpligt på notarius publicus-yrket.

51. I sin ansökan påpekar kommissionen med fog att skäl 41 i direktiv 2005/36 tjänar som parameter för tolkningen av artikel 45.1 EG. Det fastställande som görs i direktivet på den här punkten är nämligen inte avgörande för huruvida notarius publicus-verksamheten ska anses hänförlig till offentlig makt eller inte. Kommissionen har dock medgett att det framgår av skälet att artiklarna 43 EG och 45.1 EG ska tillämpas när en verksamhet är förenad med utövandet av offentlig makt. Det framgår således av kommissionens skrivelse att för det fall en verksamhet såsom notarius publicus-verksamheten, som inte ska ses som ett abstrakt begrepp utan ska betraktas mot bakgrund av de faktiska omständigheterna i det enskilda fallet, är förenad med utövandet av offentlig makt ska bestämmelserna i direktiv 2005/36 inte tillämpas.

52. Av de skäl som anges ovan i punkterna 45–48 anser jag att det portugisiska notarius publicus-ämbetet, såsom det var utformat den 18 december 2006, var direkt och specifikt förenat med utövande av offentlig makt. Således instämmer jag med kommissionen, och slutsatsen blir att direktiv 2005/36 inte var tillämpligt på den portugisiska notarius publicus-verksamheten vid den aktuella tidpunkten.

53. Republiken Portugal har, framför att under förhandlingen, gjort gällande att notarius publicus-yrket har genomgått olika reformer som har syftat till att förbättra kompetensen inom området. Republiken Portugals ombud har informerat domstolen om att den portugisiska lagstiftaren, för att uppnå detta resultat, har bestämt att det inte längre ska vara obligatoriskt med notarius publicus beträffande

16 — Se domen i det ovannämnda målet Reyners.

en mycket stor del av de juridiska handlingar som tidigare var förenade med ett sådant krav och att dessa nu kan upprättas med hjälp av andra yrkesmän. Dessa omständigheter skulle i förekommande fall kunna vara av en sådan relevans att domstolen eventuellt föranleddes att underkänna den kvalificering av notarius publicus-verksamheten som har gjorts i detta förslag till avgörande. I förevarande mål kan dessa förändringar emellertid inte beaktas, eftersom den relevanta tidpunkten för prövningen är det fristdatum som uppställts av kommissionen för den svarande medlemsstatens genomförande enligt det motiverade yttrandet. Såsom redan har angetts ovan är det relevanta datumet den 18 december 2006.

54. Det faktum att jag i detta förslag till avgörande har kommit fram till att det portugisiska notarius publicus-ämbetet är förenat med utövande av offentlig makt betyder inte att diskussionen om huruvida artiklarna 43 EG och 45.1 EG är tillämpliga på notarius publicus-verksamheten i Portugal är avslutad. Såsom jag har gjort gällande i mitt förslag till avgörande i de ovannämnda målen C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 och C-61/08 innebär konstaterandet att en verksamhet är förenad med utövandet av offentlig makt att en proportionalitetskontroll ska göras mot bakgrund av artiklarna 43 EG och 45.1 EG. Den omständigheten att kommissionen i förevarande mål endast har åberopat en grund avseende direktiv 2005/36 gör dock att målet inte kan prövas utifrån den parametern.

55. Följaktligen ska talan ogillas.

VI – Rättegångskostnader

56. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Republiken Portugal har yrkat att kommissionen ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet, ska Republiken Portugals yrkande bifallas.

57. Enligt artikel 69.4 första stycket i rättegångsreglerna ska Republiken Tjeckien, Republiken Litauen, Republiken Slovenien, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och Republiken Slovakien, vilka har intervenerat i förevarande mål, bära sina rättegångskostnader.

VII – Förslag till avgörande

58. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen

1) ogillar talan,

2) förpliktar Europeiska kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, och

3) förpliktar Republiken Tjeckien, Republiken Litauen, Republiken Slovenien, Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland och Republiken Slovakien att bära sina rättegångskostnader.