

Nee tegen nationaliteitseisen notarissen

De werkingssfeer van de uitzonderingen van openbaar gezag en overheidsdienst op het vrij verkeer van personen en diensten

Mr. dr. A. van den Brink en mr. drs. H.M.M. Zelen*

Een groot aantal lidstaten hield tot voor kort nog vast aan nationaliteitseisen voor notarissen op grond van de verdragsuitzondering van de uitoefening van openbaar gezag. Het Hof van Justitie heeft echter in het voorjaar van 2011 een streep door deze eisen gehaald. Tegen Nederland loopt de procedure nog. In deze bijdrage worden aan de hand van deze recente jurisprudentie de inhoud en de grenzen van de openbaargezagexceptie verkend.

HvJ EU 24 mei 2011, gevoegde zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08, Europese Commissie/Koninkrijk België e.a., n.n.g.

Inleiding

Voor diegenen die zijn ingevoerd in de interne markt en de manier waarop vooral het Hof van Justitie deze al decennia lang vorm geeft, is het waarschijnlijk nauwelijks een verrassing dat het Hof recent een streep heeft gezet door de nationaliteitseisen die verschillende landen hanteerden ten aanzien van notarissen. Het Hof van Justitie heeft zich immers altijd kritisch opgesteld ten opzichte van belemmeringen van de interne markt, en vooral ten aanzien van belemmeringen met een discriminerend karakter. In die zin is het eerder verrassend dat dergelijke obstakels heden ten dage kennelijk nog steeds bestaan. De zaken belichten echter fundamentele, en deels ook klassieke, spanningsvelden in het Europees recht. Niet alleen de spanning tussen de interne markt en andere publieke belangen en die tussen de lidstaten en de Europese Unie, maar ook de spanning tussen individuele rechten en collectieve belangen speelt een rol. Ten slotte roepen de uitspraken van het Hof van Justitie

de meer praktische vraag op welke beroepen en functies de lidstaten nog kunnen reserveren voor eigen onderdanen.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst wordt gekeken hoe de uitzonderingen op het vrij verkeer van personen en diensten op grond van de openbaargezagexceptie zich hebben ontwikkeld tot aan de uitspraken over het notarisambt. Vervolgens wordt gekeken naar de gevolgen die deze uitspraken hebben en daarna naar de waardering ervan.

De omtrekken van de openbaargezagexceptie

Het Verdrag kent drie vergelijkbare uitzonderingen op het vrij verkeer die verband houden met de uitoefening van staatsgezag. Belemmering van het vrij verkeer van werknemers kunnen gerechtvaardigd worden voor betrekkingen in overheidsdienst (art. 45 lid 4 VWEU), terwijl het recht op vrije vestiging en het recht op vrij verkeer van diensten kunnen worden beperkt voor werkzaamheden in het kader van de uitoefening van openbaar gezag (respectievelijk art. 51 VWEU en art. 62 jo. 51 VWEU).

Het Hof van Justitie heeft al in de jaren zeventig van de vorige eeuw bepaald dat het hier *grosso modo* om dezelfde uitzondering gaat. De kernvraag voor de toepassing van alle drie de uitzonderingen is of er sprake is van de uitoefening van openbaar gezag. Dat betekent dat de uitzondering van artikel 45 VWEU veel beperkter moet worden uitgelegd, sterker nog, dat er voor 'betrekkingen in overheidsdienst' in feite iets heel anders moet worden gelezen dan er staat. Een belangrijke stap was het arrest

* Mr. dr. A. van den Brink is hoofddocent Europees Recht en directeur Europa Instituut van de Universiteit Utrecht. Mr. drs. H.M.M. Zelen is junior onderzoeker, Europa Instituut Universiteit Utrecht.

*Sotgiu*¹ uit 1974 waarin het Hof van Justitie bepaalde dat het geen uitgemaakte zaak was dat de kwalificatie van de rechtsbetrekking het onderscheidende criterium zou moeten zijn.² Zelfs de vraag of de rechtsbetrekking door het publiekrecht dan wel privaatrecht wordt beheerst telde niet voor het Hof van Justitie. Dergelijke kwalificaties zouden de interpretatie van de uitzondering te veel in handen van nationale wetgevers leggen, hetgeen het Hof van Justitie uitdrukkelijk wilde voorkomen.

De volgende stap was het arrest *Commissie/België*³ (1982) waarin het Hof van Justitie de opmerkelijke stap zette dat de uitzondering voor beroepen in overheidsdienst zo beperkt moest worden uitgelegd dat daaronder slechts die functies vallen die ‘typerend zijn voor de specifieke taak van de overheid, voor zover deze is belast met de uitoefening van openbaar gezag en verantwoordelijk is voor de bescherming van de algemene belangen van de staat’ (r.o. 12). Het Hof van Justitie vreesde (overigens terecht) grote verschillen tussen de lidstaten in de toepassing van de uitzondering. Het Hof van Justitie brengt zich daardoor wel in een lastig parket door de definitie van ‘algemene belangen’, ‘typische overheids-taken’, en ‘overheidswerkzaamheden in eigenlijke zin’ niet meer aan de lidstaten over te laten. In het vervolg moesten ‘typische’ van ‘niet-typische’ overheids-taken worden onderscheiden en ‘eigenlijke’ van ‘oneigenlijke’ overheidswerkzaamheden. De dubbele eis, afgeleid uit het arrest *Commissie/België*, stelt dat het moet gaan om functies ter uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden die de behartiging van de publieke belangen van de staat betreffen. Het Hof van Justitie had hiermee de goede werking van de interne markt op het oog en heeft hiermee de systematiek toegepast die voorziet in een ruime uitleg van de vrijverkeerbepalingen terwijl de uitzonderingen daarop juist restrictief moeten worden uitgelegd. Bovendien heeft het Hof van Justitie de uitzondering van het vrij verkeer van werknemers op deze wijze gestroomlijnd met de vergelijkbare uitzonderingen op het gebied van vrije vestiging en het vrij dienstenverkeer.

Maar de stap van het Hof van Justitie heeft ook twee belangrijke nadelen. Beide houden verband met de rechtszekerheid. Ten eerste wijkt de uitleg van de uitzondering voor de overheidsdienst nu zozeer af van de betekenis die daar in het dagelijks spraakgebruik aan wordt toegekend, dat het Hof van Justitie zijn interpretatieve rol wel erg ruim heeft genomen. Er staat immers niet meer wat er staat. Het is jammer dat het Verdrag niet gewijzigd is om deze wijziging van betekenis ade-

quaat te weerspiegelen. Ten tweede had de reguliere betekenis van het begrip ‘overheidsdienst’ als voordeel dat deze zich beter voor objectieve vaststelling leent dan de interpretatie die daar door het Hof van Justitie voor in de plaats is gekomen. Daarmee komt immers de lastige vraag in beeld wanneer er precies sprake is van een verantwoordelijkheid die ziet op de uitoefening van openbaar gezag.

Hoe lastig deze kwestie is, was immers eerder al gebleken in het arrest *Reyners*.⁴ In deze welbekende zaak ging het erom of de uitzondering toepasbaar was om een hele beroepsgroep – advocaten – uit te zonderen van het discriminatieverbod. Volgens de Luxemburgse regering maakte dit beroep een integraal onderdeel uit van het publieke belang van rechtspleging. Ook hier deed zich dus, evenals met de uitzondering van functies in overheidsdienst voor werknemers, de mogelijkheid voor om de uitzondering *institutioneel* te bekijken. Dit stelt het perspectief centraal van het *systeem* dat rond de verwerking van een publiek belang is opgebouwd. In deze zaak stelt het Hof van Justitie daar echter eveneens een *functioneel* systeem tegenover dat erop gericht is de precieze aard van de werkzaamheden te kwalificeren. Ook hier is het functionele perspectief lastiger te hanteren dan het institutionele of systeem-perspectief. Dit geldt niet alleen voor het Hof van Justitie, maar vooral ook voor de nationale wetgever en rechter die met de vraag worden geconfronteerd of een functie of beroep kan kwalificeren als de uitoefening van openbaar gezag. Het vergt immers een nauwkeurige ontleding van de functie die ter discussie staat. Het Hof van Justitie stelde in deze zaak dat er sprake moest zijn van werkzaamheden die een rechtstreekse en specifieke deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag behelzen.⁵ Het beroep van advocaat voldeed volgens het Hof van Justitie niet aan deze eisen, omdat de meest kenmerkende activiteiten van een advocaat (consultatie, rechtsbijstand en vertegenwoordiging in rechte) niet als uitoefening van openbaar gezag kunnen gelden. Verder moest nagegaan worden of de activiteiten die eventueel met de uitoefening van openbaar gezag verband houden, kunnen worden onderscheiden van de activiteiten waarvoor dit niet geldt.⁶ In de casus was dit niet aan de orde, maar anders geldt dus de beperking dat lidstaten de uitzondering alleen mogen toepassen voor het deel van de werkzaamheden die de uitoefening van openbaar gezag vormen. Dit laatste punt is later nog duidelijker geworden door de uitspraak in de zaak *Thijssen* (1993).⁷ In die zaak maakte het Hof van Justitie duidelijk dat een activiteit niet synoniem staat aan een beroep en dat het daarom gaat om de specifieke activiteiten van een professional.

1. HvJ EG 12 februari 1974, zaak 152/73, *Sotgiu/Deutsche Bundespost*, Jur. 1974, p. 153; zie ook de noot van S. Burri over deze zaak in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal, *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 72-78.

2. Meer over deze zaak: Christa Tobler, *Indirect discrimination: a case study into the development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law*, Social Europe Series 10, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005, p. 111 e.v.; en specifiek over het punt van indirecte discriminatie dat in deze zaak aan de orde was, p. 186 e.v.

3. HvJ EG 26 mei 1982, zaak 149/79, *Commissie/België*, Jur. 1982, p. 1845.

4. HvJ EG 21 juni 1974, zaak 2/74, *Reyners*, Jur. 1974, p. 631; zie ook de bespreking van deze zaak door S.C.G. van den Boogaert in: T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal, *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 83-90.

5. HvJ EG 21 juni 1974, zaak 2/74, *Reyners*, r.o. 45.

6. HvJ EG 21 juni 1974, zaak 2/74, *Reyners*, r.o. 47.

7. HvJ EG 13 juli 1993, zaak C-42/92, *Thijssen*, Jur. 1993, p. I-4047, r.o. 9.

Alleen als de activiteiten waarin hij/zij openbaar gezag uitoefent onlosmakelijk verbonden zijn met de rest van de professionele activiteiten kan het hele beroep onder de noemer openbaar gezag geschaard worden. Het mag dan ook niet gaan om functies die slechts bijstand of medewerking verlenen aan de uitoefening van openbaar gezag (zoals beveiligingsdiensten soms de politie ondersteunen)⁸ of activiteiten waarbij de beroepsuitoefenaar niet in laatste instantie degene is voor wiens rekening de uitoefening van het openbare gezag komt (zoals de rol van de advocaat niet de beslissingsruimte van de rechter wegneemt). Samengevat zijn de eisen aan de uitoefening van openbaar gezag:

- het moet gaan om werkzaamheden die een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag vormen;⁹
- het mag geen ondersteunende of voorbereidende taken betreffen;¹⁰
- de beoordelings- en beslissingsbevoegdheid moet onaangetast blijven;¹¹
- het moet gepaard gaan met de uitoefening van beslissingsbevoegdheid, de bevoegdheid om dwang uit te oefenen en de bevoegdheid om dwangmaatregelen te treffen.¹²

De Commissie heeft jaren geleden getracht enige richting te geven aan de openbaargezagexceptie door aan te geven dat bijvoorbeeld de rechterlijke macht, de politie, de belastingdienst en defensie wel binnen de openbaargezagexceptie kunnen vallen maar beroepen in de verpleging en het onderwijs in de regel niet.¹³ Tot bindende regelgeving heeft dit initiatief echter niet geleid. Het Hof van Justitie heeft de volgende beroepen uitgesloten van toepassing van de verdragsrechtelijke uitzondering:

- het beroep van advocaat (arrest *Reyners*);¹⁴
- het beroep van docent of directeur van een particuliere school (arrest *Commissie/Griekenland*);¹⁵
- het beheer van systemen voor automatische gegevensverwerking voor de overheid (arrest *Commissie/Italië*);¹⁶
- het beroep van verzekeringscommissarissen (arrest *Thijssen*);¹⁷
- de technische controle van voertuigen (arrest *Commissie/Portugal* en arrest *Van Schaik*);¹⁸
- de verkoop van weddenschappen en loterijen (arrest *Commissie/Italië*);¹⁹
- particuliere beveiliging (arrest *Commissie/ Spanje*);²⁰
- publieke ambulancediensten (arrest *Commissie/Duitsland*);²¹
- particuliere controleorganisaties voor producten uit de biologische landbouw (arresten *Commissie/Duitsland* en *Commissie/Oostenrijk*).²²

De uitspraak van het Hof van Justitie in de zaken in kwestie

De Europese Commissie had tegen maar liefst zes landen (België, Frankrijk, Luxemburg, Oostenrijk, Duitsland en Griekenland) beroep ingesteld wegens het exclusief voorbehouden van toegang tot het notarisambt aan de eigen onderdanen. Het beroep van de Commissie betrof niet alleen de vrijheid van vestiging van notarissen maar ook was mogelijke strijd met Richtlijn 2005/36/EG (de algemene diploma-erkenningrichtlijn) aan de orde.

De Commissie benadrukte de enge interpretatie van de uitzondering op basis van het voornoemde arrest *Reyners*.²³ Er moet volgens de Commissie een onderscheid gemaakt worden tussen werkzaamheden die worden verricht ter uitoefening van *openbaar gezag* en werkzaamheden die worden verricht *in het algemeen belang*. Volgens de Commissie worden aan verschillende beroepsgroepen bijzondere bevoegdheden toegekend in het algemeen belang, zonder dat er noodzakelijkerwijs sprake

8. HvJ EG 29 oktober 1998, zaak C-114/97, *Commissie/ Spanje*, *Jur.* 1998, p. I-6717, r.o. 38.
 9. Zaak 2/74, *Reyners*, r.o.45; zaak C-42/92, *Thijssen*, r.o. 8, zaak C-114/97, *Commissie/ Spanje*, r.o. 35; HvJ EG 30 maart 2006, zaak C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, *Jur.* 2006, p. I-2941, r.o. 46; HvJ EG 29 november 2007, zaak C-404/05, *Commissie/Duitsland*, *Jur.* 2007, p. I-10239, r.o. 38; HvJ EG 22 oktober 2009, zaak C-438/08, *Commissie/Portugal*, n.n.g., r.o. 36.
 10. Zie reeds aangehaalde arresten zaak C- 42/92, *Thijssen*, r.o. 22; zaak C-114/97, *Commissie/ Spanje*, r.o. 38; zaak C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, r.o. 47; zaak C-404/05, *Commissie/Duitsland*, r.o. 38; zaak C-438/08, *Commissie/Portugal*, r.o. 36.
 11. Zie zaak 2/74, *Reyners*, r.o. 51 en 53.
 12. Zie zaak C-42/92, *Thijssen*, r.o. 21 en 22; HvJ EG 29 november 2007, zaak C-393/05, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2007, p. I-10195, r.o. 36 en 42; zaak C-404/05, *Commissie/ Duitsland*, r.o. 38 en 44; zaak C-438/08, *Commissie/Portugal*, r.o. 36 en 41; zaak C-114/97, *Commissie/ Spanje*, r.o. 37; HvJ EG 30 september 2003, zaak C-47/02, *Anker e.a.*, *Jur.* 2003, p. I-10447, r.o. 61 en zaak C-438/08, *Commissie/Portugal*, r.o. 44. Zie ook Conclusie van A-G P. Cruz Villalón in HvJ EU 24 mei 2011, gevoegde zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08, *Europese Commissie/ Koninkrijk België e.a.*, punt 87.
 13. Pb. EG 1988, C72/2.

14. Zaak 2/74, *Reyners*.
 15. HvJ EG 15 maart 1988, zaak 147/86, *Commissie/Griekenland*, *Jur.* 1988, p. 1637.
 16. HvJ EG 5 december 1989, zaak C-3/88, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1989, p. 4035.
 17. Zaak C-42/92, *Thijssen*.
 18. Zaak C-438/08, *Commissie/Portugal*; HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-55/93, *Van Schaik*, *Jur.* 1994, p. I-4837.
 19. HvJ EG 26 april 1994, zaak C-272/91, *Commissie/Italië*, *Jur.* 1994, p. I-1409.
 20. Zaak C-114/97, *Commissie/ Spanje*; HvJ EG 9 maart 2000, zaak C-255/98, *Commissie/België*, *Jur.* 2000, p. I-1221; HvJ EG 31 mei 2001, zaak C-283/99, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2001, p. I-4363 en HvJ EG 13 december 2007, zaak C-465/05, *Commissie/Italië*, *Jur.* 2007, p. I-11091.
 21. HvJ EU 29 april 2010, zaak C-160/08, *Commissie/Duitsland*, n.n.g.
 22. HvJ EG 29 november 2007, zaak C-404/05, *Commissie/ Duitsland*, *Jur.* 2007, p. I-10239 en HvJ EG 29 november 2007, zaak C-393/05, *Commissie/Oostenrijk*, *Jur.* 2007, p. I-10195.
 23. Zaak 2/74, *Reyners*.

ke is van uitoefening van openbaar gezag. Ook pakte de Commissie het punt uit *Reyners* op dat niet naar het beroep als geheel moet worden gekeken maar naar de specifieke werkzaamheden. De Commissie heeft daarom de werkzaamheden onderzocht die de notarissen in de betreffende landen volgens de nationale wet- en regelgeving verrichten. Advocaat-generaal Cruz Villalón komt op basis daarvan tot de conclusie dat het notarisambt een ‘beroep [is] waarin een economische activiteit *sui generis* wordt uitgeoefend’.²⁴ Volgens de advocaat-generaal bestaan de werkzaamheden van het notarisambt in de verschillende landen voornamelijk uit de authenticatie van akten, waarin bewijskracht en afdwingbaarheid de voornaamste rol spelen. De notaris voorziet besluiten, handelingen en gedragingen aldus van hun juridische waarde.

De conclusie van de advocaat-generaal is bovendien interessant omdat hij dieper ingaat op de spanning tussen de bevoegdheden van de lidstaten en die van de EU. Volgens de advocaat-generaal is er in de vrijheid van vestiging een scheiding gemaakt tussen publieke en private sfeer. Het is aan de lidstaten om te bepalen welke economische activiteiten nog een band met het politieke overheidsgezag hebben en daarmee uitgesloten zijn van de vrijheid van vestiging, aldus de advocaat-generaal. In de onderhavige zaken concludeert de advocaat-generaal dat

‘...aangezien in alle verwerende staten de authenticatie de onlosmakelijke kern is van de notariële werkzaamheid, [moet] 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.’ (r.o. 121).

Echter, dan zijn we er volgens de advocaat-generaal nog niet. Hij stelt verder in zijn conclusie dat een beperking op een vrijheid noodzakelijk moet zijn voor de verwezenlijking van een legitieme doelstelling. De artikelen 49 en 51 VWEU zouden dan ook een evenredigheidstoets toelaten. De advocaat-generaal toetst de nationaliteitsclausule vervolgens aan het evenredigheidsbeginsel en komt tot de conclusie dat er wel sprake is van beroepskenmerken van openbaar gezag voor het notarisambt, maar dat er geen factoren zijn die rechtstreekse discriminatie op grond van nationaliteit rechtvaardigen.

Het Hof van Justitie komt eveneens tot de conclusie dat de nationaliteitseis niet wordt gerechtvaardigd, maar kiest daarvoor een andere route. Het Hof van Justitie beperkt zich tot de vraag of de werkzaamheid rechtstreeks en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag betreft. Het begrip openbaar gezag verwijst naar zijn eerdere jurisprudentie, onder andere het arrest *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*.²⁵ Daarin oordeelde het Hof van Justitie dat er

sprake was van openbaar gezag voor werkzaamheden van de politie en de ambtenaren die gemachtigd waren tot het opstellen van akten. Maar het Hof van Justitie maakt een onderscheid tussen notarissen en overheidsorganen door te erkennen dat een authentieke akte kan worden opgemaakt door een overheidsorgaan of een andere daartoe gemachtigde instantie.²⁶

Het Hof van Justitie overweegt vervolgens dat de notariële werkzaamheden in de landen in kwestie doelen van algemeen belang nastreven zoals het verlenen van rechtmatigheid en rechtszekerheid van handelingen tussen particulieren. Toch is er volgens het Hof van Justitie geen sprake van de uitoefening van openbaar gezag. Hoewel de bewijskracht en uitvoerbaarheid van notariële akten een belangrijk rechtsgevolg sorteren, vallen de hiermee gemoeide activiteiten niet aan te merken als activiteiten die rechtstreeks en specifiek ter uitoefening van openbaar gezag gelden. De bewijskracht is volgens het Hof van Justitie een onderdeel van de in de nationale wet vastgestelde bewijsregeling. En de uitvoerbaarheid berust op de wil van de partijen, weliswaar onder het controlerend oog van de notaris, maar uiteindelijk heeft deze niet de bevoegdheid om eenzijdig zijn wil aan partijen op te leggen.

Wel opent het Hof van Justitie uitdrukkelijk de mogelijkheid om andere beperkingen te stellen aan de uitoefening van het notarisambt met het oog op de genoemde algemene belangen. Voorbeelden zijn aanstellingsprocedures, beperking van het aantal notarissen, beperkingen van hun territoriale bevoegdheden of het voor hen geldende stelsel inzake beloning, eisen aan onafhankelijkheid, definiëring van onverenigbaarheden en regels om afzettingsmogelijkheden uit te sluiten of in te kaderen. Deze *Rule of Reason*-beperkingen dienen uiteraard wel passend en noodzakelijk te zijn.

Ten slotte was er nog een complicatie ingegeven door Richtlijn 2005/36/EG²⁷ (de nieuwe Diploma-erkenningrichtlijn). Considerans 41 van de richtlijn luidt: ‘Deze richtlijn laat de toepassing van artikel 39, lid 4 en van artikel 45 van het Verdrag, die met name notarissen betreffen, onverlet.’ Het Hof van Justitie is echter van mening dat de wetgever met punt 41 van de considerans geen standpunt heeft ingenomen over de toepasselijkheid van de uitzonderingen.²⁸ Wel concludeerde het Hof van Justitie dat de implementatieverplichting van de richtlijn voor het beroep van notaris op basis van deze overweging onvoldoende duidelijk was.

24. Conclusie van A-G Cruz Villalón, in gevoegde zaken C-47/08, C-50/08, C-51/08, C-53/08, C-54/08 en C-61/08, *Europese Commissie/Koninkrijk België e.a.*, punt 56.

25. HvJ EG 30 september 2003, zaak C-405/01, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española*, *Jur.* 2003, p. I-10391.

26. HvJ EG 17 juni 1999, zaak C-260/97, *Unibank A/S*, *Jur.* 1999, p. I-03715, r.o. 15 en 21.

27. Richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (ook wel: de nieuwe Diploma-erkenningrichtlijn), Pb. EU 2005, L 255/22.

28. Zie van de onderhavige arresten C-45/08, *Commissie/Duitsland*, r.o. 140.

Gevolgen uitspraak en waardering

Het eerste, en voor Nederland wellicht meest directe, gevolg van de uitspraak betreft het nog steeds geldende nationaliteitsvereiste voor notarissen in Nederland (art. 6 Wet op het notarisambt). Al bij de evaluatie van deze wet in 2006 heeft de Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt (Commissie-Hammerstein) de wetgever aanbevolen om dit vereiste te laten vervallen.²⁹ Ondanks het feit dat de regering op 25 mei 2007 een wetsvoorstel met deze strekking heeft ingediend,³⁰ is het nog altijd niet gekomen tot inwerkingtreding van deze wet (terwijl het streven destijds was om de wet per 1 augustus 2007 in werking te doen treden). Inmiddels heeft de Commissie echter ook tegen Nederland een beroep ingesteld bij het Hof van Justitie in het kader van een inbreukprocedure.³¹ De Commissie verwijt de Nederlandse regering dat het nationaliteitsvereiste niet wordt gerechtvaardigd door de uitzondering van artikel 45 VWEU omdat 'de taken die de notaris onder Nederlands recht vervult slechts in zeer beperkte mate een uitoefening zijn van de openbare macht (...)'.³² De Nederlandse regering is het hiermee niet eens. In 1993 had ze nog gesteld dat het nationaliteitsvereiste gerechtvaardigd was in het licht van de uitoefening van openbaar gezag.³³ Dat is volgens de regering in 2007 niet veranderd ('Ook na het vervallen van het nationaliteitsvereiste blijft de notaris belast met werkzaamheden ter uitvoering van openbaar gezag').³⁴ Welke werkzaamheden (wellicht alle?) de regering hierbij op het oog heeft in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijft echter onduidelijk. Ten tijde van schrijven van deze bijdrage heeft het Hof van Justitie nog geen definitieve uitspraak gedaan, maar het is niet te verwachten dat het oordeel van het Hof van Justitie zal afwijken van de eerdere uitspraken (ook al omdat de werkzaamheden van een notaris in Nederland niet wezenlijk verschillen van die in andere landen).

Het oordeel van de Nederlandse regering over het nationaliteitsvereiste is ook nog om een andere reden interessant. Ze heeft namelijk (in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel ter intrekking van het nationaliteitsvereiste) gesteld dat, hoewel er haars inziens wel degelijk sprake is van de uitoefening van openbaar gezag, andere maatregelen dan een nationaliteitsvereiste voldoende waarborgen bieden om de goede uitoefening daarvan te kunnen garanderen.³⁵ Kennis van de Nederlandse taal en de Nederlandse wet- en regelgeving zijn daarvan de

belangrijkste. De Commissie heeft in haar beroep gewezen op de mogelijkheden die de Diploma-erkenningrichtlijn biedt om dergelijke vereisten te waarborgen. Compenserende maatregelen, met name om te zorgen dat notarissen beschikken over voldoende kennis van het Nederlandse rechtssysteem, kunnen immers als voorwaarde voor erkenning van buitenlandse diploma's worden gesteld.

Hiermee ontstaat een afweging die kennelijk ook de advocaat-generaal voor ogen stond daar waar hij de nadruk legde op toetsing aan het evenredigheidsbeginsel.³⁶ Daarmee verschuift de aandacht van de bepaling van de vraag welke werkzaamheden onder de uitoefening van openbaar gezag vallen naar de vraag welke maatregelen er noodzakelijk zijn om gerechtvaardigde belangen van de lidstaten te waarborgen. In deze zin staat de advocaat-generaal een afweging voor ogen die veel meer lijkt op de afweging die de lidstaten in het kader van de *Rule of Reason* moeten maken. Het Hof van Justitie springt immers tamelijk ruimhartig om met mogelijke rechtvaardigingsgronden. Daarin wordt de lidstaten dus een ruime mate van vrijheid gelaten. Ze kunnen dus in hoge mate zelf algemene belangen identificeren en definiëren. Het Hof van Justitie is vooral streng in de toets van de proportionaliteit van de gekozen maatregelen.

De toepassing van een evenredige afweging op de Verdragsrechtelijke uitzonderingen heeft als voordeel dat de lidstaten een grote(re) vrijheid kunnen krijgen bij de bepaling wat openbaar gezag precies behelst. Deze kwestie raakt immers het hart van de nationale soevereiniteit, of wordt althans zo gepercipieerd.³⁷ Bovendien brengt de jurisprudentie van *Reyners* tot de huidige notarissenzaken het Hof van Justitie in de hachelijke situatie om de inhoud en de grenzen van de uitoefening van publiek gezag te moeten bepalen. Een duidelijke, juridische definitie met heldere criteria ontbreekt. In combinatie met de omstandigheid dat het Hof van Justitie bestaande belemmeringen toetst, ontstaat het nadeel dat inbreuken op het vrije verkeer wel door het Hof van Justitie worden beëindigd maar niet altijd zullen worden voorkomen.

Belangrijker is de vraag of de definitiemacht wel bij het Hof van Justitie moet berusten. Als er dan – in de vorm van proportionaliteitstoetsing – een beter alternatief voor handen is om de belangen van het vrij verkeer van personen te behartigen, dan ligt het voor het Hof van Justitie voor de hand om zich daar op te concentreren. Bij de uitzondering op het vrij verkeer van personen zou deze benadering overigens nog meer voor de hand liggen. Dan zou het Hof van Justitie immers dicht bij de bewoordingen van het Verdrag kunnen blijven en de lidstaten de ruimte kunnen laten om te bepalen welke functies tot de overheidsdienst behoren. Via een noodzakelijkheids- en evenredigheidstoets zou het Hof van

29. Commissie Evaluatie Wet op het notarisambt, *Het beste van twee werelden*, p. 60, Den Haag 2006. Zie: <www.zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-23706-62-b1.pdf>.

30. *Kamerstukken II 2006/07*, 31 040, nr. 5.

31. Zaak C-157/09, *Commissie/Nederland*, uitspraak wordt verwacht op 1 december 2011.

32. Pb. EU 2009, C 180, p. 25-26.

33. *Kamerstukken II 1993/94*, 23 706, nr. 3, p. 18.

34. *Kamerstukken II 2006/07*, 31 040, nr. 3, p. 1.

35. *Kamerstukken II 2006/07*, 31 040, nr. 3, p. 1.

36. Overwegingen 140-145 van de conclusie.

37. Aldus G. Mancini, 'The Free movement of Workers in the Case-Law of the European Court of Justice', in: D. Curtin en D. O'Keefe, *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, Butterworths, 1992, p. 77, die zelf die perceptie overigens niet onderschreef.

Justitie vervolgens de legitimiteit van nationaliteitsvereisten kunnen toetsen.

Een meer terughoudende opstelling ten aanzien van de vraag welke functies tot de uitoefening van openbaar gezag behoren, zou ook passen binnen de nieuwe Verdragsrechtelijke structuur van het Verdrag van Lissabon. Daarin is immers (in art. 4 VEU) het beginsel van respect voor nationale constitutionele identiteiten neergelegd. Dit beginsel heeft volgens Besselink³⁸ tot gevolg dat de Unie een zekere mate van pluralisme van waarden en invulling daarvan in nationale rechtssystemen kent. Een terughoudende toetsing en invulling van wat tot de uitoefening van openbaar gezag behoort, zou een goede weerspiegeling van dit beginsel opleveren. Hoewel Luxemburg dit punt naar voren had gebracht in de procedure, is hier verder geen betekenis aan gegeven.

Craig en De Burca³⁹ en Barnard⁴⁰ hebben geconcludeerd dat het Hof van Justitie de verdragsrechtelijke uitzonderingen tamelijk casuïstisch toepast. Toch is de rode lijn in de jurisprudentie van het Hof van Justitie onmiskenbaar: de lidstaten moeten zeer voorzichtig omgaan met het reserveren van beroepen en functies voor eigen onderdanen. De lijst met gevallen die de goedkeuring van het Hof van Justitie niet ten deel vielen, is lang. Wel hebben de criteria (of wellicht is zelfs de term 'indicatoren' beter geschikt) een tamelijk open karakter. In de woorden van Ziller: '[they] cannot be applied in a mechanical way and therefore always leaves some room for appreciation for the relevant authorities.'⁴¹

Dat roept de vraag op of er een rol voor de Europese wetgever is weggelegd. Weliswaar is er de behoefte om de lidstaten een zekere vrijheid te laten, maar het begrip openbaar gezag heeft – als begrip uit het Verdrag – ook een Europese dimensie. Het betreft de uitdrukking van de fundamentele spanning tussen nationaliteitseisen die het hart van de interne markt raken en de bepaling van het openbaar gezag dat het hart van de nationale soevereiniteit raakt. Gegeven het fundamentele karakter van deze spanning is een stevige legitimiteitsbasis noodzakelijk. Een wettelijk kader is in dit licht geen overbodige luxe. Het benoemen van concrete beroepen en functies is gegeven de politieke en institutionele context lastig, zo bleek al uit het initiatief van de Commissie dat het nooit tot wetgeving heeft gebracht. Codificatie en nadere uitwerking van de criteria, alsmede het opstellen van procedurele waarborgen, biedt wellicht een beter begaanbare weg.⁴²

38. Leonard F. M. Besselink, 'National and Constitutional Identity Before and After Lisbon', *Utrecht Law Review* 2010, vol. 6, no. 3, p. 36-49.

39. P. Craig en G. De Búrca, *EU Law, Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 734-740.

40. C. Barnard, *The Substantive Law of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2007, p. 483.

41. Jacques Ziller, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Report for the European Commission, 2010, p. 104. Zie: <www.ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6401&langId=en>.

42. Hier valt een analogie te trekken met de wijze waarop Richtlijn 2004/38/EG de uitzondering van openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid nader heeft uitgewerkt.

Tot slot de lidstaten. Het valt op dat de lidstaten weinig werk maken van de rechtvaardiging van nationaliteitsvereisten (en andere beperkingen).⁴³ Van de lidstaten mag verwacht worden dat ze duidelijk maken hoe de uitoefening van publieke belangen zich verhoudt tot de plaats en het functioneren van de publieke dienst en de vraag welke belemmeringen ze voor EU-burgers noodzakelijk achten. De enkele aanmerking dat er sprake is van een collectief of nationaal belang of van de uitoefening van openbaar gezag voldoet daartoe niet. Het is bijvoorbeeld opvallend dat de Nederlandse regering niet bij de vaststelling van de nationaliteitseis voor notarissen, en evenmin bij het wetsvoorstel tot intrekking daarvan, aandacht heeft geschonken aan de vraag hoe het publieke belang precies begrepen moet worden dat met het beroep van notaris gemoeid is. Ziller concludeerde dan ook dat het veelal tradities zijn in plaats van onderbouwde posities die bepalen waar lidstaten uitzonderingen op het vrij verkeer toepassen.⁴⁴

Conclusie

Nationaliteitseisen aan notarissen zijn niet toegestaan omdat ze niet kunnen worden gerechtvaardigd op grond van de uitzonderingsgrond van de uitoefening van openbaar gezag. De uitspraken bevestigen de restrictieve uitleg die het Hof van Justitie geeft aan de uitzonderingsgronden voor de vrijverkeerbepalingen. Maar ze maken ook duidelijk dat de grenzen ervan precair zijn. De kwestie raakt bovendien aan fundamentele kwesties en spanningsvelden in het Europese recht. Het Hof van Justitie beweegt zich, door de rechtvaardigheidsgrond zo indringend te toetsen, middenin die spanningsvelden. Een daarvan betreft de afbakening van individuele en collectieve belangen. Het vrij verkeer van personen ziet vooral op de individuele rechten voor de migrerende burgers. In dat perspectief staan vooral de specifieke werkzaamheden van een functie of beroep centraal. Dan is het echter lastig om een goed zicht te houden op het bredere collectieve belang dat met de functie of het beroep gemoeid is. Dat geldt met name voor juridische beroepen zoals dat van de notaris. Hoewel al in *Reyners* bleek dat het Hof van Justitie daar beperkt aandacht voor heeft, zijn dit type overwegingen voor de lidstaten nog steeds uiterst relevant.

Het alternatief zoals door de advocaat-generaal aangedragen stelt het Hof van Justitie in staat om zich op grotere afstand te plaatsen van de vraag wat tot openbaar gezag kan worden gerekend en tegelijk vast te houden aan een ruime toegang voor EU-burgers. Het argument dat nationaliteitseisen niet per se noodzakelijk zijn voor de goede werking van het publieke gezag heeft een gro-

43. Zie ook het hiervoor geciteerde rapport van Jacques Ziller die constateerde dat de rechtvaardiging van nationaliteitseisen voor functies in overheidsdienst eveneens vaak een gebrekkig karakter kennen.

44. Jacques Ziller, *Free Movement of European Union Citizens and Employment in the Public Sector*, Report for the European Commission, 2010, p. 101.

tere overtuigingskracht dan het argument dat er van de uitoefening van publiek gezag geen sprake is. Door de lidstaten een grotere vrijheid toe te kennen ten aanzien van deze laatste vraag, krijgen ze ook een grotere verantwoordelijkheid voor de definiëring en onderbouwing van de aard en de omvang van het openbare gezag. Ook voor de Nederlandse Wet op het notarisambt is dat echter te laat, het daarin vastgelegde nationaliteitsvereiste zal binnenkort ongetwijfeld sneuvelen.⁴⁵

45. Op 1 december jl. heeft het Hof uitspraak gedaan in de zaak die tegen Nederland was aangespannen en heeft geoordeeld dat ook Nederland zijn Verdragsverplichtingen niet is nagekomen door aan notarissen een nationaliteitsvereiste te stellen. Ook de kwestie van authenticering van akten leverde volgens het Hof geen rechtvaardiging op.