ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

24 mei 2011 *

In zaak C-53/08,

betreffende een beroep wegens niet-nakoming krachtens artikel 226 EG, ingesteld op 12 februari 2008,

Europese Commissie, vertegenwoordigd door G. Braun en H. Støvlbæk als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verzoekster,

ondersteund door:

Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door S. Behzadi-Spencer als gemachtigde,

interveniënt,

* Procestaal: Duits.

tegen

Republiek Oostenrijk, vertegenwoordigd door E. Riedl, M. Aufner en G. Holley als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door:

Tsjechische Republiek, vertegenwoordigd door M. Smolek als gemachtigde,

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Kemper als gemachtigden,

Franse Republiek, vertegenwoordigd door G. de Bergues en B. Messmer als gemachtigden,

Republiek Letland, vertegenwoordigd door L. Ostrovska, K. Drēviņa en J. Barbale als gemachtigden,

Republiek Litouwen, vertegenwoordigd door D. Kriaučiūnas en E. Matulionytė als gemachtigden,

Republiek Hongarije, vertegenwoordigd door R. Somssich, K. Veres en M. Fehér als gemachtigden,

Republiek Polen, vertegenwoordigd door M. Dowgielewicz, C. Herma en D. Lutostańska als gemachtigden,

Republiek Slovenië, vertegenwoordigd door V. Klemenc en Ž. Cilenšek Bončina als gemachtigden,

Slowaakse Republiek, vertegenwoordigd door J. Čorba als gemachtigde,

interveniëntes,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: V. Skouris, president, A. Tizzano, J.N. Cunha Rodrigues, K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (rapporteur) en J.-J. Kasel, kamerpresidenten, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis, M. Ilešič, C. Toader en M. Safjan, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,
griffier: M.-A. Gaudissart, hoofd van administratieve eenheid,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 27 april 2010,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 14 september 2010,

het navolgende

Arrest

1 De Commissie van de Europese Gemeenschappen verzoekt het Hof vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk, door voor de toegang tot het beroep van notaris een nationaliteitsvereiste te stellen en voor dat beroep geen uitvoering te geven aan richtlijn 89/48/EEG van de Raad van 21 december 1988 betreffende een algemeen stelsel van erkenning van hogeronderwijsdiploma's waarmee beroepsopleidingen van ten minste drie jaar worden afgesloten (PB 1989, L 19, blz. 16), zoals gewijzigd bij richtlijn 2001/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 mei 2001 (PB L 206, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/48"), en/of richtlijn 2005/36/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 september 2005 betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (PB L 255, blz. 22), de krachtens die richtlijnen alsmede de artikelen 43 EG en 45 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

2 In de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 89/48 heette het dat „met het algemene stelsel van erkenning van hogeronderwijsdiploma's geenszins vooruitgelopen wordt op de toepassing van artikel [45 EG]".

3 Artikel 2 van richtlijn 89/48 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."

4 Voor het beroep van notaris is geen regelgeving in de zin van voornoemd artikel 2, tweede alinea, vastgesteld.

5 Overeenkomstig artikel 12 ervan diende richtlijn 89/48 uiterlijk op 4 januari 1991 te worden uitgevoerd.

6 Richtlijn 89/48 is met ingang van 20 oktober 2007 ingetrokken bij artikel 62 van richtlijn 2005/36.

7 Punt 9 van de considerans van richtlijn 2005/36 luidt als volgt:

„Terwijl de beginselen en waarborgen die ten grondslag liggen aan de vigerende erkenningsregelingen, met het oog op de vrijheid van vestiging, behouden moeten blijven, dienen de voorschriften ervan in het licht van de ervaring te worden aangepast. Bovendien zijn de desbetreffende richtlijnen verscheidene malen gewijzigd, wat een reorganisatie en stroomlijning van de bepalingen ervan door een gelijktrekking van de toepasselijke beginselen noodzakelijk maakt. [Richtlijn 89/48 moet] dus worden vervangen [...]."

8 In punt 14 van de considerans van deze richtlijn staat te lezen:

„De in [richtlijn 89/48] vastgestelde wijze van erkenning blijft ongewijzigd. [...]"

9 Volgens punt 41 van de considerans ervan laat richtlijn 2005/36 „de toepassing van artikel 39, lid 4[, EG] en van artikel 45 [EG], [met name betreffende notarissen], onverlet".

Nationale regeling

Algemene organisatie van het beroep van notaris

10 Naar Oostenrijks recht oefenen de notarissen hun werkzaamheden uit in het kader van een vrij beroep. Het beroep van notaris wordt geregeld bij de Notariatsordnung (wet op het notariaat) van 25 juli 1871 (RGBl. 75/1871), in de versie ervan die voortvloeit uit BGBl. I, 164/2005 (hierna: „NO").

11 Overeenkomstig § 1, lid 1, NO worden notarissen „benoemd door de Staat en met openbaar gezag bekleed teneinde [...] authentieke akten op te maken en te verlijden betreffende verklaringen in rechte, rechtshandelingen en feiten die rechten kunnen doen ontstaan, [en] de hun door partijen toevertrouwde akten te bewaren".

12 Ingevolge § 8 NO mag de notaris zijn bevoegdheid uitoefenen op het gehele grondgebied van de Republiek Oostenrijk.

13 Zoals volgt uit § 9 NO, wordt het aantal notarissen, hun spreiding en hun standplaats vastgesteld bij besluit van de minister van Justitie.

14 De honoraria van notarissen worden vastgesteld overeenkomstig het Bundesgesetz über den Notariatstarif (Notariatstarifgesetz) (federale wet op de notaristarieven) van 8 november 1973 (BGBl. 576/1973), zoals gewijzigd, en het Bundesgesetz über die

Gebühren der Notare als Beauftragte des Gerichtes (Gerichtskommissionstarifgesetz) (federale wet op de tarieven van notarissen als lasthebbers van het gerecht) van 3 maart 1971 (BGBl. 108/1971), zoals gewijzigd.

15 Ingevolge § 6, lid 1, sub a, NO kunnen enkel Oostenrijkse staatsburgers tot notaris worden benoemd.

Notariële werkzaamheden

16 De in de Oostenrijkse rechtsorde aan notarissen opgedragen werkzaamheden kunnen in drie categorieën worden onderverdeeld.

17 In de eerste plaats is de notaris overeenkomstig § 1, lid 1, NO bevoegd voor de authenticatie van akten of overeenkomsten. Het optreden van de notaris kan wettelijk voorgeschreven dan wel facultatief zijn, afhankelijk van de akte waaraan authenticiteit moet worden verleend. Het optreden van de notaris houdt de vaststelling in dat aan alle wettelijke vereisten voor het opmaken van de akte is voldaan alsmede dat de betrokken partijen rechtsbevoegd en handelingsbekwaam zijn.

18 Alle notarieel verleden akten hebben bewijskracht overeenkomstig § 292, lid 1, van het Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung) (wetboek van burgerlijke rechtsvordering) van 1 augustus 1895 (RGBl. 113/1895), zoals gewijzigd (hierna: „ZPO"), die deel uitmaakt van hoofdstuk III, „Schriftelijke bewijzen", van de eerste afdeling van het tweede deel van dit wetboek. Volgens deze bepaling vormen authentieke akten, te weten onder meer die welke door een met openbaar gezag bekleed persoon binnen de grenzen van zijn bevoegdheid en in de voorgeschreven vorm zijn opgemaakt, volledig bewijs van hetgeen

door hem wordt verklaard. Het is op grond van lid 2 van deze bepaling geoorloofd bewijs te leveren van de onjuistheid van zowel de gebeurtenissen of feiten waaromtrent een verklaring is afgelegd als de authenticatie.

19 In § 272 ZPO is het beginsel van de vrije waardering van het bewijs door de rechter neergelegd.

20 Volgens § 3 NO is een notariële akte uitvoerbaar wanneer aan een aantal voorwaarden wordt voldaan, met name dat de schuldenaar zich aan de onmiddellijke gedwongen executie onderwerpt.

21 Op grond van § 1 van het Gesetz über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung) (wet op de procedure inzake tenuitvoerlegging en conservatoire maatregelen) van 27 mei 1896 (RGBl. 79/1896), zoals gewijzigd, zijn de in § 3 NO genoemde notariële akten in de zin en voor de toepassing van deze wet executoriale titels.

22 Uit de bepalingen van de Exekutionsordnung, zoals gewijzigd, volgt dat de notaris geen taken vervult in het kader van de gedwongen executie.

23 In de tweede plaats is de notaris overeenkomstig § 5 NO bevoegd om onderhandse akten te redigeren en partijen te vertegenwoordigen in het kader van bepaalde, in die bepaling limitatief opgesomde procedures.

24 In de derde plaats verricht de notaris als „Gerichtskommissär" in het kader van bepaalde niet-contentieuze procedures de werkzaamheden opgesomd in § 1, lid 1, van het Bundesgesetz über die Tätigkeit der Notare als Beauftragte des Gerichtes im Verfahren außer Streitsachen (Gerichtskommissärsgesetz) (federale wet op de

werkzaamheid van notarissen als lasthebbers van het gerecht in niet-contentieuze procedures) van 11 november 1970 (BGBl. 343/1970), in de versie ervan die voortvloeit uit BGBl. I, 112/2003 (hierna: „GKG").

25 Tot die werkzaamheden behoren bepaalde taken in erfrechtzaken voor de afwikkeling van nalatenschappen, zoals onder meer het optekenen van het overlijden, het opmaken van de boedelbeschrijving van de nalatenschap, het vaststellen wie de erfgenamen zijn en het in ontvangst nemen van hun verklaringen van aanvaarding, het veiligstellen van de erfenis en het treffen van de daartoe noodzakelijke conservatoire maatregelen.

26 Het Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz) (federale wet op niet-contentieuze gerechtelijke procedures) (BGBl. I, 111/2003), zoals gewijzigd (hierna: „AußStrG"), bevat dienaangaande gedetailleerde voorschriften. Zo volgt uit § 144, lid 3, van die wet dat de notaris het dossier onmiddellijk aan het gerecht moet overleggen wanneer dit zulks verlangt of een rechterlijke beslissing is vereist.

27 Voorts vloeit uit de §§ 160 en 161 AußStrG voort dat de notaris, in geval van tegenstrijdige verklaringen van aanvaarding en wanneer dienaangaande geen vergelijk mogelijk is gebleken, de kwestie aan het gerecht moet voorleggen, dat, na onderzoek van de vorderingen van partijen en hun bewijsaanbiedingen, beslist ten aanzien van de rechten van de erfgenamen.

28 Wordt betwist dat een zaak tot het nalatenschapsvermogen behoort, dan doet ingevolge § 166, lid 2, AußStrG het gerecht daarover uitspraak.

29 Overeenkomstig de §§ 177 en 178 AußStrG kent het gerecht bij beschikking de erfenis toe aan de erfgenamen.

30 Andere taken waarmee de notaris op grond van het GKG is belast, naast die in erfrechtzaken, zijn onder meer het taxeren en verkopen van roerende en onroerende zaken, het opmaken van boedelbeschrijvingen en het afwikkelen van minnelijke vermogensdelingen.

31 Ingevolge § 1, lid 2, GKG is de notaris met name niet bevoegd ter zake van het vaststellen van rechterlijke beslissingen, het opmaken van processen-verbaal van gerechtelijke schikkingen en het opleggen van dwangmaatregelen in de zin van § 79 AußStrG.

32 Overeenkomstig § 7 GKG dient de notaris de in de punten 24 tot en met 30 van dit arrest beschreven taken te vervullen binnen de door het gerecht gestelde termijnen. Ingeval die termijnen niet in acht worden genomen, wordt de last ingetrokken en wordt een andere notaris in zijn plaats benoemd.

33 Zoals volgt uit § 7a GKG, voert de notaris bovengenoemde taken uit onder het toezicht van het gerecht. Dienaangaande kan het gerecht onder meer het noodzakelijke onderzoek verrichten, de notaris om verslagen met betrekking tot zijn werkzaamheid verzoeken en hem bepaalde lasten verstrekken. Voorts dienen ingevolge lid 2 van deze bepaling geschilpunten inzake door de notaris getroffen maatregelen of diens gedrag aan het gerecht te worden voorgelegd.

Precontentieuze procedure

34 De Commissie heeft een klacht ontvangen over het nationaliteitsvereiste voor de toegang tot het beroep van notaris in Oostenrijk. Na het onderzoek van deze klacht heeft de Commissie bij brief van 8 november 2000 de Republiek Oostenrijk aangemaand om binnen een termijn van twee maanden haar opmerkingen kenbaar te maken over onder meer enerzijds de verenigbaarheid van dat nationaliteitsvereiste met artikel 45, eerste alinea, EG en anderzijds de niet-omzetting van richtlijn 89/48 wat het beroep van notaris betreft.

35 Bij brief van 23 januari 2001 heeft de Republiek Oostenrijk op die aanmaningsbrief geantwoord.

36 Op 16 juli 2002 heeft de Commissie een aanvullende aanmaningsbrief aan die lidstaat gericht, waarin zij deze verweet de verplichtingen niet te zijn nagekomen die op hem rusten krachtens de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG alsmede richtlijn 89/48.

37 Bij brief van 12 september 2002 heeft de Republiek Oostenrijk geantwoord op deze aanvullende aanmaningsbrief.

38 Daar de argumenten van de Republiek Oostenrijk haar niet hadden overtuigd, heeft de Commissie die lidstaat op 18 oktober 2006 een met redenen omkleed advies gezonden waarin zij concludeerde dat hij de verplichtingen niet was nagekomen die op hem rusten krachtens de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG alsmede richtlijn 89/48. Zij heeft die lidstaat uitgenodigd de nodige maatregelen te treffen om binnen een termijn van twee maanden na ontvangst ervan aan dit met redenen omkleed advies te voldoen.

39 Bij brief van 19 december 2006 heeft de Republiek Oostenrijk uiteengezet waarom haars inziens het door de Commissie ingenomen standpunt ongegrond was.

40 In deze omstandigheden heeft de Commissie het onderhavige beroep ingesteld.

Beroep

Eerste middel

Argumenten van partijen

41 Met haar eerste middel verzoekt de Commissie het Hof vast te stellen dat de Republiek Oostenrijk, door de toegang tot het beroep van notaris exclusief voor te behouden aan haar eigen burgers, haar verplichtingen uit hoofde van de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG niet is nagekomen.

42 Vooraf wijst de Commissie erop dat een aantal lidstaten de toegang tot het beroep van notaris niet van een nationaliteitsvereiste afhankelijk stelt en dat andere lidstaten, zoals het Koninkrijk Spanje, de Italiaanse Republiek en de Republiek Portugal, dit vereiste hebben ingetrokken.

43 In de eerste plaats herinnert de Commissie eraan dat artikel 43 EG een van de basisbepalingen van het recht van de Unie is en beoogt te verzekeren dat elke burger van een lidstaat die zich, zij het slechts bijkomstig, in een andere lidstaat vestigt om daar werkzaamheden anders dan in loondienst te verrichten, aldaar als een eigen burger wordt behandeld, en dat het iedere discriminatie op grond van nationaliteit verbiedt.

44 De Commissie en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland betogen dat artikel 45, eerste alinea, EG autonoom en uniform moet worden uitgelegd (arrest van 15 maart 1988, Commissie/Griekenland, 147/86, Jurispr. blz. 1637, punt 8). Aangezien dit artikel voorziet in een uitzondering op de vrijheid van vestiging voor werkzaamheden ter uitoefening van het openbaar gezag, moet het bovendien eng worden uitgelegd (arrest van 21 juni 1974, Reyners, 2/74, Jurispr. blz. 631, punt 43).

45 De in artikel 45, eerste alinea, EG voorziene uitzondering moet dus worden beperkt tot werkzaamheden die als zodanig een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden (reeds aangehaald arrest Reyners, punten 44 en 45). Volgens de Commissie vereist het begrip „openbaar gezag" dat een van het gemene recht afwijkende beslissingsbevoegdheid wordt uitgeoefend die tot uitdrukking komt in de macht om los van of zelfs tegen de wil van anderen te handelen. Volgens de rechtspraak van het Hof blijkt het openbaar gezag in het bijzonder uit de bevoegdheid om dwang uit te oefenen (arrest van 29 oktober 1998, Commissie/Spanje, C-114/97, Jurispr. blz. I-6717, punt 37).

46 Volgens de Commissie en het Verenigd Koninkrijk moet onderscheid worden gemaakt tussen werkzaamheden die worden verricht ter uitoefening van het openbaar gezag en werkzaamheden die worden verricht in het algemeen belang. In het algemeen belang worden immers aan verschillende beroepsgroepen bijzondere bevoegdheden toegekend, zonder dat hiermee aan de uitoefening van het openbaar gezag wordt deelgenomen.

47 Voorts brengen de Commissie en het Verenigd Koninkrijk in herinnering dat artikel 45, eerste alinea, EG in beginsel ziet op bepaalde werkzaamheden en niet op een beroep in zijn geheel, tenzij de betrokken werkzaamheden niet los kunnen worden gezien van het geheel der werkzaamheden die in het kader van dat beroep worden verricht.

48 In de tweede plaats onderzoekt de Commissie de verschillende werkzaamheden die de notaris naar Oostenrijks recht verricht.

49 Wat ten eerste de authenticatie van akten en overeenkomsten betreft, doet de notaris niet meer dan de wil van de partijen bevestigen — na hen te hebben geadviseerd — en aan deze wil rechtsgevolgen toekennen. Bij de uitoefening van deze werkzaamheid beschikt de notaris over generlei beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de partijen.

50 Deze aan de notarissen opgedragen authenticatie stelt weliswaar hoge eisen aan hun beroepsbekwaamheid en -integriteit, maar houdt geen rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag in. Dat deze werkzaamheid in de Oostenrijkse rechtsorde wordt geacht deel uit te maken van de preventieve rechtsbedeling en door de Staat aan de notarissen wordt opgedragen teneinde de werklast van de gerechten te verlichten, betekent niet dat deze werkzaamheid is gelijk te stellen met een overheidstaak.

51 Voorts worden tal van andere taken, die voorheen als overheidstaken werden beschouwd, thans geprivatiseerd en uitbesteed.

52 Wat de bijzonderheden van de bewijsregeling voor notariële akten betreft, komt een daarmee vergelijkbare bewijskracht ook toe aan andere akten die geen verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag, zoals de door beëdigde veldwachters, ambtenaren van bosbeheer en jacht- en visserijopzieners opgemaakte processen-verbaal.

53 Aangaande de uitvoerbaarheid van authentieke akten is de Commissie van mening dat het verlof tot tenuitvoerlegging aan de eigenlijke tenuitvoerlegging voorafgaat zonder er deel van uit te maken. Die uitvoerbaarheid verleent de notaris dus geen bevoegdheid om dwang uit te oefenen, aangezien hij geen uitvoerende instantie is. Voorts worden alle mogelijke geschilpunten door de rechter en niet door de notaris beslecht.

54 Ten tweede kan volgens de Commissie de notaris met de werkzaamheden in zijn hoedanigheid van „Gerichtskommissär" niet worden geacht deel te nemen aan de uitoefening van het openbaar gezag, omdat de notaris in het kader van deze werkzaamheden elke beslissingsbevoegdheid of bevoegdheid om dwangmaatregelen te treffen ontbeert, dat wil zeggen de bevoegdheid om aan een partij tegen haar wil een beslissing op te leggen. Die werkzaamheden zijn hoe dan ook werkzaamheden ter voorbereiding en ondersteuning van die van de rechterlijke organen. Bovendien beschikt de „Gerichtskommissär" bij de vaststelling van conservatoire maatregelen om de nalatenschap veilig te stellen niet over een werkelijke beoordelingsbevoegdheid.

55 In de derde plaats menen de Commissie en het Verenigd Koninkrijk dat de bepalingen van het recht van de Unie die naar de notariële werkzaamheden verwijzen, de toepassing van de artikelen 43 EG en 45, eerste alinea, EG op deze werkzaamheden onverlet laten.

56 Zowel artikel 1, lid 5, sub d, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel") (PB L 178, blz. 1), als punt 41 van de considerans van richtlijn 2005/36 sluit de notariële werkzaamheden namelijk slechts van de werkingssfeer van deze richtlijnen uit, voor zover deze een direct specifiek verband met de uitoefening van het openbaar gezag inhouden. Het gaat dus louter om een voorbehoud dat geen weerslag heeft op de uitlegging van artikel 45, eerste alinea, EG. Aangaande artikel 2, lid 2, sub l, van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB L 376, blz. 36), dat de notariële werkzaamheden van de werkingssfeer van

deze richtlijn uitsluit, benadrukt de Commissie dat het feit dat de wetgever ervoor heeft gekozen, een bepaalde werkzaamheid aan de werkingssfeer van deze richtlijn te onttrekken, niet betekent dat artikel 45, eerste alinea, EG van toepassing is op die werkzaamheid.

57 Aangaande verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2001, L 12, blz. 1) en verordening (EG) nr. 805/2004 van het Europees Parlement en de Raad van 21 april 2004 tot invoering van een Europese executoriale titel voor niet-betwiste schuldvorderingen (PB L 143, blz. 15), meent de Commissie dat deze de lidstaten gewoon de verplichting opleggen om akten die in een andere lidstaat verleden en uitvoerbaar zijn, te erkennen en uitvoerbaar te verklaren.

58 Bovendien zijn verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) (PB L 294, blz. 1), verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) (PB L 207, blz. 1), alsmede richtlijn 2005/56/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 betreffende grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen (PB L 310, blz. 1), niet relevant voor de beslechting van het onderhavige geding, aangezien zij notarissen, evenals overige door de staat aangewezen bevoegde autoriteiten, enkel met de taak belasten om schriftelijk te verklaren dat bepaalde handelingen zijn verricht en bepaalde formaliteiten zijn vervuld vóór de verplaatsing van de zetel, de oprichting en de fusie van vennootschappen.

59 Wat betreft de resolutie van het Europees Parlement van 23 maart 2006 over de juridische beroepen en het algemeen belang van een goed functioneren van de rechtstelsels (PB C 292E, blz. 105; hierna: „resolutie van 2006"), daarbij gaat het om een zuiver politiek besluit met een dubbelzinnige inhoud, aangezien het Europees Parlement in punt 17 ervan uiteenzet dat artikel 45 EG toepasselijk is op het beroep van notaris, terwijl het in punt 2 ervan het standpunt bevestigt dat het heeft ingenomen in zijn resolutie van 18 januari 1994 over de situatie en de organisatie van het ambt van

notaris in de twaalf landen van de Gemeenschap (PB C 44, blz. 36; hierna: „resolutie van 1994"), namelijk dat het in de regelgeving van verschillende lidstaten gestelde nationaliteitsvereiste om toegang tot het beroep van notaris te krijgen, moest worden ingetrokken.

60 De Commissie en het Verenigd Koninkrijk stellen verder dat de zaak die heeft geleid tot het arrest van 30 september 2003, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española (C-405/01, Jurispr. blz. I-10391), waaraan meerdere lidstaten in hun schriftelijke opmerkingen refereren, betrekking had op de verrichting van een ruim pakket van taken ter handhaving van de veiligheid en de uitoefening van politiebevoegdheden alsmede bevoegdheden op notarieel gebied en ter zake van de burgerlijke stand door de kapitein en de eerste stuurman van een koopvaardijschip. Bijgevolg was het Hof niet in de gelegenheid om de verschillende werkzaamheden van de notarissen tot in bijzonderheden aan artikel 45, eerste alinea, EG te toetsen. Op basis van dat arrest alleen kan dan ook niet worden geconcludeerd dat deze bepaling van toepassing is op de notarissen.

61 Overigens maakt de rechtspraak van het Hof, anders dan de Republiek Oostenrijk stelt, onderscheid tussen notarissen en overheidsorganen door te erkennen dat een authentieke akte kan worden opgemaakt door een overheidsorgaan of een andere bevoegde autoriteit van de staat (arrest van 17 juni 1999, Unibank, C-260/97, Jurispr. blz. I-3715, punten 15 en 21).

62 De Republiek Oostenrijk, ondersteund door de Tsjechische Republiek, de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek, meent dat notarissen met hun werkzaamheden deelnemen aan de uitoefening van het openbaar gezag en die werkzaamheden derhalve vallen onder de uitzondering van artikel 45, eerste alinea, EG.

63 De Republiek Oostenrijk stelt in de eerste plaats dat artikel 45 EG het recht van de lidstaten waarborgt om op soevereine wijze de voorschriften vast te leggen waaraan

zij de toegang tot beroepen willen onderwerpen die blijvend of occasioneel deelnemen aan de uitoefening van openbaar gezag. De Commissie baseert haar interpretatie van artikel 45 EG op een rechtspraak van het Hof die in casu niet ter zake dienend is. In zijn voormeld arrest Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española heeft het Hof evenwel geoordeeld dat de taken waarmee kapiteins van Spaanse schepen op notarieel gebied worden belast, de deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag inhouden.

64 De Republiek Oostenrijk, de Bondsrepubliek Duitsland, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek stellen zich voorts op het standpunt dat de uitoefening van openbaar gezag niet enkel mag worden beperkt tot werkzaamheden die de uitoefening inhouden van bevoegdheden om dwangmaatregelen te treffen en evenmin tot werkzaamheden van de rechterlijke instanties. Andere werkzaamheden zouden eveneens onder het begrip uitoefening van openbaar gezag kunnen vallen, met name wanneer zij worden gekenmerkt door de uitoefening van bijzondere bevoegdheden.

65 In de tweede plaats toont het bijzondere statuut van notarissen in de Oostenrijkse rechtsorde, volgens de Republiek Oostenrijk met name door de procedure die voor hun benoeming geldt en de op hen toepasselijke onafzetbaarheids-, onverenigbaarheids- en onafhankelijkheidsvoorschriften, aan dat zij deel uitmaken van het openbaar gezag. Zij stelt eveneens dat het beroep van notaris een eenheid vormt en dat de verschillende werkzaamheden die hij verricht niet los van dit beroep kunnen worden gezien.

66 In de derde plaats hebben de door de notaris verrichte authenticatiewerkzaamheden volgens de Republiek Oostenrijk tot doel om definitief op civielrechtelijke vorderingen te beslissen of die definitief uit te sluiten en om een executoriale titel te verschaffen. Notariële akten kunnen enkel voor de rechter worden aangevochten op strikt beperkte gronden.

67 Die notariële akten hebben voorts een verhoogde bewijskracht die de gerechten bindt bij de uitoefening van hun beoordelingsbevoegdheid. Zij zijn eveneens uitvoerbaar. Zowel de executieprocedure als de aan de verlening van een executoriale titel voorafgaande procedure neemt een centrale plaats in bij de uitoefening van openbaar gezag door de staat. Bijgevolg houdt de werkzaamheid van notarissen bestaande in het opmaken van authentieke akten rechtstreeks en specifiek verband met de uitoefening van openbaar gezag.

68 Wat in de vierde plaats de werkzaamheden betreft die de notaris als „Gerichtskommissär" verricht, stelt de Republiek Oostenrijk dat deze quasirechterlijke procedures voert in erfrechtzaken, in het kader waarvan hij, los van en zelfs in strijd met de wil van partijen, zich genoodzaakt kan zien om bepaalde conservatoire maatregelen te treffen met het oog op het veiligstellen van de erfenis, zoals met name het verbod van toegang tot woon- of bedrijfsruimten, het verzegelen daarvan, het blokkeren of vrijgeven van bankrekeningen, het in bewaring nemen en teruggeven van vermogensbestanddelen, alsmede bepaalde procedurele maatregelen.

69 Zij onderstreept eveneens dat wanneer de notaris optreedt als „Gerichtskommissär", de staat aansprakelijk is. Hij wordt voorts voor de toepassing van het wetboek van strafrecht als ambtenaar beschouwd.

70 In de vijfde plaats hebben volgens de in de punten 56 tot en met 58 van dit arrest genoemde handelingen van het recht van de Unie notariële akten dezelfde rang als rechterlijke beslissingen. Bovendien heeft het Parlement in zijn resoluties van 1994 en 2006 bevestigd dat met het beroep van notaris wordt deelgenomen aan de uitoefening van het openbaar gezag.

71 Op dezelfde wijze volgt uit voormeld arrest Unibank dat het opmaken van authentieke akten door een openbaar ambtenaar als de notaris rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhoudt.

Beoordeling door het Hof

— Opmerkingen vooraf

72 Met haar eerste middel verwijt de Commissie de Republiek Oostenrijk dat zij burgers van andere lidstaten belet, zich met het oog op het uitoefenen van het beroep van notaris op haar grondgebied te vestigen, door de toegang tot dit beroep in strijd met artikel 43 EG aan haar eigen burgers voor te behouden.

73 Dit middel betreft dus uitsluitend het in de betrokken Oostenrijkse regelgeving voor de toegang tot dat beroep gestelde nationaliteitsvereiste uit het oogpunt van artikel 43 EG.

74 Bijgevolg ziet dit middel noch op het statuut en de organisatie van het notariaat naar Oostenrijks recht, noch op de andere vereisten die — naast dat inzake nationaliteit — voor de toegang tot het beroep van notaris in deze lidstaat worden gesteld.

75 Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft uiteengezet, betreft het eerste middel ook niet de toepassing van de bepalingen van het EG-Verdrag over de vrije dienstverrichting. Evenmin ziet dit middel op de toepassing van de Verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van werknemers.

— Ten gronde

76 Meteen zij erop gewezen dat artikel 43 EG een van de basisbepalingen van het recht van de Unie is (zie in die zin met name reeds aangehaald arrest Reyners, punt 43).

77 Het begrip vestiging in de zin van die bepaling is zeer ruim en houdt in dat een burger van de Unie duurzaam kan deelnemen aan het economisch leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de Europese Unie op het gebied van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen (zie met name arrest van 22 december 2008, Commissie/Oostenrijk, C-161/07, Jurispr. blz. I-10671, punt 24).

78 De vrijheid van vestiging voor burgers van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat omvat onder meer de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan overeenkomstig de bepalingen welke door de wettelijke regeling van het land van vestiging voor de eigen burgers zijn vastgesteld (zie met name arrest van 28 januari 1986, Commissie/Frankrijk, 270/83, Jurispr. blz. 273, punt 13, en in die zin reeds aangehaald arrest Commissie/Oostenrijk, punt 27). Met andere woorden verbiedt artikel 43 EG elke lidstaat om voor degenen die gebruikmaken van de vrijheid om zich aldaar te vestigen, andere voorwaarden voor de uitoefening van hun activiteiten vast te stellen dan die welke voor eigen burgers gelden (reeds aangehaald arrest Commissie/Oostenrijk, punt 28).

79 Artikel 43 EG heeft dus ten doel, te verzekeren dat elke burger van een lidstaat die zich in een andere lidstaat vestigt om er werkzaamheden anders dan in loondienst te verrichten, aldaar als eigen burger wordt behandeld, en verbiedt iedere uit nationale wettelijke regelingen voortvloeiende discriminatie op grond van nationaliteit als een beperking van de vrijheid van vestiging (reeds aangehaald arrest Commissie/Frankrijk, punt 14).

80 In het onderhavige geval behoudt de betrokken nationale wettelijke regeling de toegang tot het beroep van notaris voor aan Oostenrijkse burgers en voert zij dus een verschil in behandeling op grond van nationaliteit in, dat in beginsel bij artikel 43 EG is verboden.

81 De Republiek Oostenrijk betoogt evenwel dat de notariële werkzaamheden aan de werkingssfeer van artikel 43 EG onttrokken zijn omdat met die werkzaamheden wordt deelgenomen aan de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 45, eerste alinea, EG. Eerst dient dus de strekking van het begrip uitoefening van het openbaar gezag in de zin van laatstgenoemde bepaling te worden onderzocht en vervolgens moet worden nagegaan of de werkzaamheden waarmee de notaris naar Oostenrijks recht is belast, onder dat begrip vallen.

82 Met betrekking tot het begrip „uitoefening van het openbaar gezag" in de zin van artikel 45, eerste alinea, EG zij benadrukt dat volgens vaste rechtspraak bij de beoordeling daarvan rekening moet worden gehouden met het Unierechtelijk karakter van de bij deze bepaling gestelde grenzen aan de op het beginsel van de vrijheid van vestiging toegestane uitzonderingen, teneinde te voorkomen dat het nuttig effect van het Verdrag op het gebied van de vrijheid van vestiging door eenzijdige voorschriften van de lidstaten wordt verijdeld (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Reyners, punt 50, en Commissie/Griekenland, punt 8, en arrest van 22 oktober 2009, Commissie/Portugal, C-438/08, Jurispr. blz. I-10219, punt 35).

83 Volgens eveneens vaste rechtspraak vormt artikel 45, eerste alinea, EG een uitzondering op de basisregel van vrijheid van vestiging, die als zodanig aldus moet worden uitgelegd dat zij niet verder gaat dan wat strikt noodzakelijk is tot vrijwaring van de belangen die deze bepaling de lidstaten toestaat te beschermen (reeds aangehaalde arresten Commissie/Griekenland, punt 7, en Commissie/Spanje, punt 34; arresten van 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punt 45, en 29 november 2007, Commissie/Oostenrijk, C-393/05, Jurispr. blz. I-10195, punt 35, en Commissie/Duitsland, C-404/05, Jurispr. blz. I-10239, punten 37 en 46, alsmede reeds aangehaald arrest Commissie/Portugal, punt 34).

84 Voorts heeft het Hof meermaals benadrukt dat de uitzondering van artikel 45, eerste alinea, EG beperkt dient te blijven tot werkzaamheden die, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormen (reeds aangehaald arrest Reyners, punt 45; arrest van 13 juli 1993, Thijssen, C-42/92, Jurispr. blz. I-4047, punt 8; reeds aangehaalde arresten Commissie/Spanje, punt 35; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punt 46; Commissie/Duitsland, punt 38, en Commissie/Portugal, punt 36).

85 Dienaangaande heeft het Hof geoordeeld dat niet onder de uitzondering van artikel 45, eerste alinea, EG vallen bepaalde ondersteunende of voorbereidende taken bij de uitoefening van het openbaar gezag (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Thijssen, punt 22; Commissie/Spanje, punt 38; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punt 47; Commissie/Duitsland, punt 38, en Commissie/Portugal, punt 36), een aantal werkzaamheden waarvan de uitoefening weliswaar mogelijkerwijs regelmatige en organische contacten met administratieve of rechterlijke instanties en zelfs verplichte medewerking aan het functioneren daarvan meebrengt, maar de beoordelings- en beslissingsbevoegdheid van die autoriteiten onaangetast laat (zie in die zin reeds aangehaald arrest Reyners, punten 51 en 53), of ook bepaalde werkzaamheden die niet gepaard gaan met de uitoefening van beslissingsbevoegdheid (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Thijssen, punten 21 en 22; van 29 november 2007, Commissie/Oostenrijk, punten 36 en 42; Commissie/Duitsland, punten 38 en 44, en Commissie/Portugal, punten 36 en 41), de bevoegdheid om dwang uit te oefenen (zie in die zin met name reeds aangehaald arrest Commissie/Spanje, punt 37) of de bevoegdheid om dwangmaatregelen te treffen (zie in die zin arrest van 30 september 2003, Anker e.a., C-47/02, Jurispr. blz. I-10447, punt 61, en reeds aangehaald arrest Commissie/Portugal, punt 44).

86 In het licht van het voorgaande moet worden nagegaan of de werkzaamheden waarmee de notaris naar Oostenrijks recht is belast, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden.

87 Daartoe moet rekening worden gehouden met de aard van de door de beoefenaars van het betrokken beroep verrichte werkzaamheden (zie in die zin reeds aangehaald arrest Thijssen, punt 9).

88 In de eerste plaats moet de notaris voor het verlijden van authentieke akten in de wettelijke vorm onder meer nagaan of aan alle wettelijke vereisten voor het opmaken van de akte is voldaan. De authentieke akte heeft bovendien bewijskracht en is uitvoerbaar.

89 In dit verband zij erop gewezen dat volgens het Oostenrijkse recht akten of overeenkomsten worden geauthenticeerd waarmee de partijen vrijwillig hebben ingestemd. De partijen bepalen binnen de wettelijke grenzen namelijk zelf de omvang van hun rechten en plichten, en kiezen vrij de bepalingen waaraan zij zich willen onderwerpen wanneer zij de notaris een akte of een overeenkomst ter authenticatie voorleggen. Voor het optreden van de notaris is dus vereist dat de partijen vooraf hun instemming hebben verleend of tot wilsovereenstemming zijn gekomen.

90 Voorts mag de notaris de door hem te authenticeren overeenkomst niet zonder de voorafgaande toestemming van de partijen eenzijdig wijzigen.

91 Bijgevolg houdt de authenticatietaak van de notaris als zodanig geen rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 45, eerste alinea, EG in.

92 Dat sommige akten of overeenkomsten op straffe van nietigheid verplicht moeten worden geauthenticeerd, kan niet aan deze conclusie afdoen. Het is namelijk gebruikelijk dat de geldigheid van diverse akten in de nationale rechtsstelsels en op de vastgestelde wijze afhankelijk wordt gesteld van de naleving van vormvereisten of verplichte procedures voor geldigverklaring.

93 Ook de verplichting voor de notaris om, alvorens een akte of een overeenkomst te authenticeren, na te gaan of aan alle wettelijke vereisten voor het opmaken daarvan is voldaan en, zo dat niet het geval is, authenticatie te weigeren, kan aan de voorgaande conclusie niet afdoen.

94 Hoewel de notaris, zoals de Republiek Oostenrijk benadrukt, met die controle een doel van algemeen belang nastreeft, namelijk het waarborgen van de rechtmatigheid en de rechtszekerheid van handelingen tussen particulieren, kan het enkele nastreven van dit doel niet rechtvaardigen dat de daartoe vereiste bevoegdheden uitsluitend aan notarissen met de nationaliteit van de betrokken lidstaat worden voorbehouden.

95 Dat met een doel van algemeen belang voor ogen wordt gehandeld, volstaat op zich niet om een bepaalde werkzaamheid aan te merken als een werkzaamheid waarmee rechtstreeks en specifiek aan de uitoefening van het openbaar gezag wordt deelgenomen. Immers staat vast dat de in het kader van diverse gereglementeerde beroepen verrichte werkzaamheden in de nationale rechtsorden dikwijls de verplichting voor de betrokken beroepsbeoefenaars meebrengen om een dergelijk doel na te streven, zonder dat die werkzaamheden daarom ter uitoefening van het openbaar gezag plaatsvinden.

96 Het feit dat met de notariële werkzaamheden doelen van algemeen belang worden nagestreefd, met name de rechtmatigheid en de rechtszekerheid van handelingen tussen particulieren waarborgen, vormt evenwel een dwingende reden van algemeen belang ter rechtvaardiging van eventuele beperkingen aan de toepassing van artikel 43 EG die voortvloeien uit de specifieke kenmerken van de notariële werkzaamheid, zoals de regelgeving die in het kader van aanstellingsprocedures op de notarissen van toepassing is, de beperking van hun aantal en van hun territoriale bevoegdheden of ook het voor hen geldende stelsel inzake beloning, onafhankelijkheid, onverenigbaarheden en onafzetbaarheid, voor zover deze beperkingen het bereiken van voornoemde doelen mogelijk maken en daartoe noodzakelijk zijn.

97 Het is ook juist dat de notaris authenticatie van een akte of een overeenkomst die de wettelijke voorwaarden niet vervult, ongeacht de wil van de partijen moet weigeren. Na een dergelijke weigering staat het de partijen echter vrij, de vastgestelde onwettigheid ongedaan te maken, de bepalingen van de betrokken akte of overeenkomst te wijzigen dan wel van die akte of overeenkomst af te zien.

98 Wat de bewijskracht en de uitvoerbaarheid van notariële akten betreft, hierdoor sorteren deze akten onbetwistbaar belangrijke rechtsgevolgen. Het feit dat een bepaalde werkzaamheid het opmaken van akten met dergelijke gevolgen inhoudt, kan evenwel niet volstaan om die werkzaamheid aan te merken als een werkzaamheid waarmee rechtstreeks en specifiek aan de uitoefening van het openbaar gezag wordt deelgenomen in de zin van artikel 45, eerste alinea, EG.

99 Aangaande in het bijzonder de bewijskracht van een notariële akte moet erop worden gewezen dat die onderdeel is van de in de betrokken rechtsorde wettelijk vastgestelde bewijsregeling. Zo behoort § 292 ZPO, die de bewijskracht van de authentieke akte regelt, tot hoofdstuk III, „Schriftelijke bewijzen", van de eerste afdeling van het tweede deel van dat wetboek. De op grond van de wet aan een bepaalde akte verleende bewijskracht is dus niet van rechtstreekse invloed op de vraag of de werkzaamheid die gepaard gaat met het opmaken van die akte, op zich beschouwd, een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag vormt, zoals de rechtspraak verlangt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Thijssen, punt 8, en Commissie/Spanje, punt 35).

100 Zoals in het bijzonder voortvloeit uit § 292, lid 2, ZPO, is het voorts geoorloofd bewijs te leveren van de onjuistheid van zowel de gebeurtenissen of feiten waaromtrent een verklaring is afgelegd als de authenticatie.

101 Niet gesteld kan dus worden dat de notariële akte wegens de bewijskracht ervan de rechter onvoorwaardelijk bindt bij de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid, aangezien vaststaat dat deze naar zijn innerlijke overtuiging beslist in het licht van alle feiten en bewijzen die in de loop van de gerechtelijke procedure zijn vergaard. Het beginsel van vrije bewijswaardering door de rechter is bovendien verankerd in § 272 ZPO.

102 Met betrekking tot de uitvoerbaarheid van de authentieke akte heeft de Republiek Oostenrijk terecht betoogd dat deze het mogelijk maakt om de verbintenis die in deze akte besloten ligt, zonder voorafgaand ingrijpen van de rechter uit te voeren.

103 De uitvoerbaarheid van de authentieke akte verleent de notaris echter geen bevoegdheden die een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden Zoals namelijk voortvloeit uit § 3 NO, geldt voor de uitvoerbaarheid van de notariële akte onder meer de voorwaarde dat de schuldenaar erin heeft toegestemd zich te onderwerpen aan een eventuele onmiddellijke gedwongen executie van die akte. Bijgevolg is de notariële akte zonder de toestemming van de schuldenaar niet uitvoerbaar. Hoewel de authentieke akte daadwerkelijk uitvoerbaar wordt zodra zij door de notaris van het verlof tot tenuitvoerlegging is voorzien, berust die uitvoerbaarheid dus op de wil van de partijen om een akte te laten verlijden of een overeenkomst te sluiten, nadat de notaris de overeenstemming daarvan met de wet heeft gecontroleerd, en om aan die akte of overeenkomst uitvoerbaarheid te verlenen.

104 Wat in de tweede plaats de bevoegdheid van de notaris betreft om onderhandse akten op te maken en om partijen in strikt omlijnde gevallen te vertegenwoordigen, zij opgemerkt dat juridisch advies en rechtsbijstand door de notaris, zelfs wanneer die verplicht zijn of in de wet bij uitsluiting aan de notaris zijn opgedragen, niet kunnen worden beschouwd als deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag (zie in die zin reeds aangehaald arrest Reyners, punt 52).

105 Wat in de derde plaats de krachtens het GKG aan de notaris opgedragen werkzaamheden betreft, moet worden opgemerkt dat de notaris hoofdzakelijk is belast met bepaalde taken in erfrechtzaken, zoals onder meer het optekenen van het overlijden, het opmaken van de boedelbeschrijving van de nalatenschap, het vaststellen wie de erfgenamen zijn, het veiligstellen van de erfenis en het treffen van conservatoire maatregelen daartoe.

106 In dit verband moet enerzijds worden vastgesteld dat de notaris die taken onder het toezicht van de rechter uitvoert, die hem te allen tijde kan verzoeken verslag uit te brengen over de stand van zaken met betrekking tot de uitvoering van die taken, en zelfs een onderzoek daarnaar kan instellen, zoals volgt uit § 7a, lid 1, GKG. Op grond van § 7 van die wet kan de rechter de aan de notaris verstrekte last eveneens intrekken wanneer deze zijn taken niet binnen de hem gestelde termijnen heeft vervuld. Voorts dient de notaris overeenkomstig § 144, lid 3, AußStrG het dossier onmiddellijk aan de rechter over te leggen wanneer deze zulks verlangt.

107 Anderzijds is de notaris gehouden om alle geschilpunten betreffende de diverse aspecten van de afwikkeling van de nalatenschap voor een uitspraak naar de rechter te verwijzen, zoals met name blijkt uit § 7a, lid 2, GKG, alsmede de §§ 160, 161 en 166, lid 2, AußStrG. Tevens staat het overeenkomstig de §§ 177 en 178 AußStrG aan de rechter om de erfenis aan de erfgenamen toe te kennen, en om de procedure aldus af te sluiten.

108 De notaris blijkt de taken waarmee hij in erfrechtzaken is belast, dus te verrichten onder het toezicht van de rechter, naar wie hij eventuele geschilpunten moet verwijzen en die overigens in laatste instantie beslist. Bijgevolg kunnen deze taken als zodanig niet worden beschouwd als een rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van het openbaar gezag (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Thijssen, punt 21; van 29 november 2007, Commissie/Oostenrijk, punten 41 en 42; Commissie/Duitsland, punten 43 en 44, en Commissie/Portugal, punten 37 en 41).

109 Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door het feit dat de notaris bepaalde conservatoire of organisatorische maatregelen kan treffen in het kader van de uitvoering van de taken waarmee hij in erfrechtzaken is belast. Deze bevoegdheid is namelijk bijkomstig ten opzichte van de voornaamste taak van de notaris, namelijk de afwikkeling van de betrokken nalatenschap, waartoe deze maatregelen moeten bijdragen. Zoals volgt uit het vorige punt van het onderhavige arrest, kan die taak evenwel niet worden geacht rechtstreekse en specifieke deelneming aan de uitoefening van openbaar gezag in te houden.

110 Dit geldt ook voor de overige taken waarmee de notaris krachtens het GKG is belast, zoals onder meer het taxeren en verkopen van roerende en onroerende zaken, het opmaken van boedelbeschrijvingen en het afwikkelen van minnelijke vermogensdelingen, welke taken blijkens de §§ 7 en 7a GKG eveneens onder het toezicht van de rechter worden uitgevoerd.

111 Wat in de vierde plaats het specifieke statuut van de notaris in de Oostenrijkse rechtsorde betreft, volstaat de opmerking dat, zoals blijkt uit de punten 84 en 87 van het onderhavige arrest, aan de hand van de aard van de betrokken werkzaamheden als zodanig — en niet aan de hand van dit statuut als zodanig — moet worden nagegaan of deze werkzaamheden onder de uitzondering van artikel 45, eerste alinea, EG vallen.

112 Toch zijn in dit verband twee preciseringen geboden. Ten eerste staat vast dat, behoudens in de gevallen waarin de notaris bij wet wordt aangesteld, elke partij vrij een notaris kan kiezen. Hoewel de honoraria van notarissen wettelijk zijn vastgesteld, blijft het een feit dat de kwaliteit van de verrichte diensten van notaris tot notaris kan verschillen naargelang met name de professionele vaardigheden van de betrokkene. Binnen de grenzen van hun respectieve territoriale bevoegdheden vervullen de notarissen, zoals de advocaat-generaal in punt 18 van zijn conclusie heeft uiteengezet, hun ambt bijgevolg in mededingingsomstandigheden, wat niet typerend is voor de uitoefening van het openbaar gezag.

113 Ten tweede kan de Republiek Oostenrijk tegen vorenstaande overwegingen niet inbrengen dat wanneer de notaris optreedt als „Gerichtskommissär", de staat aansprakelijk is. Afgezien van dit specifieke geval, is de notaris namelijk als enige aansprakelijk voor de handelingen die hij in het kader van zijn beroepswerkzaamheid verricht.

114 In de vijfde plaats overtuigt ook het argument dat de Republiek Oostenrijk ontleent aan bepaalde handelingen van de Unie niet. Aangaande de in punt 56 van het onderhavige arrest vermelde handelingen zij gepreciseerd dat het feit dat de wetgever ervoor heeft gekozen om de notariële werkzaamheden aan de werkingssfeer van een bepaalde handeling te onttrekken, niet betekent dat deze werkzaamheden noodzakelijkerwijs onder de uitzondering van artikel 45, eerste alinea, EG vallen. In het bijzonder in het geval van richtlijn 2005/36 blijkt reeds uit de bewoordingen van punt 41 van de considerans ervan — namelijk, „[d]eze richtlijn laat de toepassing [...] van artikel 45 [EG], [met name betreffende notarissen], onverlet" — dat de wetgever van de Unie juist geen standpunt over de toepasselijkheid van artikel 45, eerste alinea, EG op het beroep van notaris heeft ingenomen.

115 De in punt 57 van dit arrest bedoelde verordeningen zien op de erkenning en de tenuitvoerlegging van authentieke akten die in een lidstaat verleden en uitvoerbaar zijn, en zijn bijgevolg niet van invloed op de uitlegging van artikel 45, eerste alinea, EG. Deze uitlegging wordt evenmin in twijfel getrokken door de in punt 58 van dit arrest genoemde handelingen van de Unie, aangezien zij, zoals de Commissie terecht opmerkt, notarissen, evenals overige door de staat aangewezen bevoegde autoriteiten, enkel met de taak belasten om schriftelijk te verklaren dat bepaalde handelingen zijn verricht en bepaalde formaliteiten zijn vervuld vóór de verplaatsing van de zetel, de oprichting en de fusie van vennootschappen.

116 De in punt 59 van het onderhavige arrest vermelde resoluties van 1994 en 2006 sorteren geen rechtsgevolgen, aangezien dergelijke resoluties naar hun aard geen bindende handelingen zijn. Voorts heeft het Parlement, hoewel het in die resoluties heet dat het beroep van notaris onder artikel 45 EG valt, in de eerste ervan expliciet zijn wens

uitgedrukt dat maatregelen tot intrekking van het voor de toegang tot het beroep van notaris gestelde nationaliteitsvereiste zouden worden genomen, welk standpunt in de resolutie van 2006 nogmaals impliciet is bevestigd.

117 Wat in de zesde plaats het argument betreft dat de Republiek Oostenrijk ontleent aan het voormelde arrest Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, zij erop gewezen dat de aan dat arrest ten grondslag liggende zaak de uitlegging van artikel 39, lid 4, EG betrof, en niet die van artikel 45, eerste alinea, EG. Voorts blijkt uit punt 42 van dat arrest dat het Hof, toen het heeft geoordeeld dat met de aan de kapitein en de eerste stuurman van een schip toevertrouwde taken aan de uitoefening van bevoegdheden van het openbaar gezag wordt deelgenomen, het geheel van de door hen verrichte taken bedoelde. Het Hof is dus niet afzonderlijk ingegaan op de aan de kapitein en de eerste stuurman van een schip toegekende notariële bevoegdheid bestaande in het in ontvangst nemen, bewaren en doorsturen van testamenten, los van hun overige bevoegdheden zoals met name die tot het treffen van dwang- of strafmaatregelen.

118 Aangaande voormeld arrest Unibank, waarop de Republiek Oostenrijk zich eveneens baseert, moet worden vastgesteld dat de zaak die aanleiding heeft gegeven tot dat arrest, geenszins handelde over de uitlegging van artikel 45, eerste alinea, EG. Voorts heeft het Hof in punt 15 van dat arrest geoordeeld dat, wil een akte worden aangemerkt als „authentiek" in de zin van artikel 50 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 1972, L 299, blz. 32), de tussenkomst van hetzij een overheidsorgaan hetzij een andere bevoegde autoriteit van de staat van herkomst noodzakelijk is.

119 Daarom moet de conclusie luiden dat met de notariële werkzaamheden zoals die in het huidige Oostenrijkse recht zijn omschreven, niet aan de uitoefening van het openbaar gezag in de zin van artikel 45, eerste alinea, EG wordt deelgenomen.

120 Bijgevolg zij vastgesteld dat het nationaliteitsvereiste dat in de Oostenrijkse regelgeving voor de toegang tot het beroep van notaris wordt gesteld, een bij artikel 43 EG verboden discriminatie op grond van nationaliteit vormt.

121 Gelet op het voorgaande, is het eerste middel gegrond.

Tweede middel

Argumenten van partijen

122 De Commissie verwijt de Republiek Oostenrijk dat zij, wat het beroep van notaris betreft, richtlijn 89/48 voor de periode tot en met 20 oktober 2007 en richtlijn 2005/36 voor de periode na dat tijdstip niet heeft uitgevoerd.

123 Net als het Verenigd Koninkrijk meent de Commissie dat het beroep van notaris een gereglementeerd beroep is in de zin van artikel 1, sub c, van richtlijn 89/48 en derhalve binnen de werkingssfeer daarvan valt. Punt 41 van de considerans van richtlijn 2005/36 heeft niet tot gevolg dat dit beroep wordt uitgesloten van de werkingssfeer van die richtlijn, tenzij het valt onder artikel 45, eerste alinea, EG, wat de Commissie in casu betwist. Had de wetgever het beroep van notaris willen uitsluiten van de werkingssfeer van die richtlijn, dan zou hij dat bovendien met zoveel woorden hebben gedaan.

124 De Commissie wijst erop dat de lidstaten ingevolge de richtlijnen 89/48 en 2005/36 kunnen voorzien in een proeve van bekwaamheid of een aanpassingsstage, waarmee het voor notarissen vereiste hoge niveau van bekwaamheid kan worden verzekerd. Voorts leidt de toepassing van deze richtlijnen niet ertoe dat de aanstelling van notarissen door middel van een selectieprocedure wordt verhinderd, maar zorgt die alleen ervoor dat burgers van andere lidstaten aan deze procedure kunnen deelnemen. Die toepassing heeft evenmin een weerslag op de procedure voor benoeming van notarissen.

125 De Republiek Oostenrijk, de Republiek Hongarije, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië en de Slowaakse Republiek stellen dat notarissen zijn uitgesloten van de werkingssfeer van die richtlijnen op grond dat hun werkzaamheid onder de uitzondering van artikel 45 EG valt.

126 Volgens de Republiek Slovenië zou het Hof het tweede middel van de Commissie ambtshalve niet-ontvankelijk moeten verklaren, aangezien na de intrekking van richtlijn 89/48 aan dit middel de grond is ontvallen en voorts het voorwerp van het geschil meer omvat vergeleken met het tijdens de precontentieuze procedure vastgestelde voorwerp daarvan.

Beoordeling door het Hof

— Ontvankelijkheid

127 Blijkens het betoog rechtens van de Commissie betreft het onderhavige middel vermeende niet-omzetting van richtlijn 89/48 en/of richtlijn 2005/36 wat het beroep van notaris betreft. Evenwel zij opgemerkt dat zowel de aanmaningsbrieven als het met

redenen omkleed advies van de Commissie zien op richtlijn 89/48. Derhalve dient ambtshalve te worden onderzocht of het tweede middel ontvankelijk is.

128 Volgens de rechtspraak kan het Hof immers ambtshalve onderzoeken of is voldaan aan de in artikel 226 EG gestelde voorwaarden voor de instelling van een beroep wegens niet-nakoming (arresten van 31 maart 1992, Commissie/Italië, C-362/90, Jurispr. blz. I-2353, punt 8, en 9 september 2004, Commissie/Griekenland, C-417/02, Jurispr. blz. I-7973, punt 16).

129 Volgens vaste rechtspraak moet in het kader van een beroep krachtens artikel 226 EG het bestaan van een niet-nakoming worden beoordeeld tegen de achtergrond van het recht van de Unie dat van kracht is aan het einde van de termijn die de Commissie de betrokken lidstaat heeft gesteld om aan haar met redenen omkleed advies te voldoen (zie met name arresten van 9 november 1999, Commissie/Italië, C-365/97, Jurispr. blz. I-7773, punt 32; 5 oktober 2006, Commissie/België, C-275/04, Jurispr. blz. I-9883, punt 34, en 19 maart 2009, Commissie/Duitsland, C-270/07, Jurispr. blz. I-1983, punt 49).

130 In het onderhavige geval is die termijn verstreken op 18 december 2006. Op die datum was richtlijn 89/48 echter nog van kracht, aangezien deze pas vanaf 20 oktober 2007 bij richtlijn 2005/36 is ingetrokken. Voor zover het onderhavige middel op vermeende niet-omzetting van richtlijn 89/48 is gegrond, is het bijgevolg niet zonder voorwerp (zie naar analogie arrest van 11 juni 2009, Commissie/Frankrijk, C-327/08, punt 23).

131 Met betrekking tot de ontvankelijkheid van dit middel voor zover het betrekking heeft op vermeende niet-omzetting van richtlijn 2005/36, moet eraan worden herinnerd dat, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld, 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 niet-nakomingen, de Commissie kan verzoeken om niet-nakoming vast te stellen van verplichtingen die voortvloeien uit de oorspronkelijke versie van een naderhand gewijzigde of ingetrokken handeling van de Unie en die door de bepalingen van een nieuwe handeling van

de Unie zijn gehandhaafd. Daarentegen mag het voorwerp van het geding niet worden uitgebreid tot verplichtingen die voortvloeien uit nieuwe bepalingen die niet hun tegenhanger vinden in de oorspronkelijke versie van de betrokken handeling, daar dit een schending zou opleveren van de wezenlijke vormvoorschriften waaraan de niet-nakomingsprocedure dient te voldoen (zie in dit verband reeds aangehaald arrest van 9 november 1999, Commissie/Italië, punt 36; arresten van 12 juni 2003, Commissie/Italië, C-363/00, Jurispr. blz. I-5767, punt 22, en 10 september 2009, Commissie/Griekenland, C-416/07, Jurispr. blz. I-7883, punt 28).

132 Bijgevolg is het petitum in het verzoekschrift van de Commissie strekkende tot vaststelling dat de Republiek Oostenrijk de krachtens richtlijn 2005/36 op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, in beginsel ontvankelijk, mits deze verplichtingen analoog zijn aan die welke uit richtlijn 89/48 voortvloeien (zie naar analogie reeds aangehaald arrest van 10 september 2009, Commissie/Griekenland, punt 29).

133 Zoals volgt uit punt 9 van de considerans van richtlijn 2005/36, wordt met deze richtlijn beoogd de bestaande bepalingen te verbeteren, te reorganiseren en te stroomlijnen door een gelijktrekking van de toepasselijke beginselen, terwijl met het oog op de vrijheid van vestiging de beginselen en waarborgen die ten grondslag liggen aan de vigerende erkenningsregelingen, zoals die welke is ingevoerd bij richtlijn 89/48, behouden moeten blijven.

134 In dezelfde zin wordt in punt 14 van de considerans van richtlijn 2005/36 verklaard dat met name de in richtlijn 89/48 vastgestelde wijze van erkenning ongewijzigd blijft.

135 In casu verwijt de Commissie de Republiek Oostenrijk, wat het beroep van notaris betreft, niet niet-omzetting van een specifieke bepaling van richtlijn 2005/36, doch van deze richtlijn in haar geheel.

136 In deze omstandigheden dient te worden vastgesteld dat deze vermeende verplichting tot omzetting van richtlijn 2005/36 wat het beroep van notaris betreft analoog is aan die welke voortvloeit uit richtlijn 89/48, aangezien de beginselen en waarborgen die ten grondslag liggen aan het bij laatstgenoemde richtlijn ingevoerde stelsel van erkenning, in richtlijn 2005/36 behouden blijven en de bij richtlijn 89/48 ingevoerde erkenningsregeling bovendien ongewijzigd is gebleven na vaststelling van richtlijn 2005/36.

137 Derhalve dient dit middel ontvankelijk te worden verklaard.

— Ten gronde

138 De Commissie verwijt de Republiek Oostenrijk dat zij de richtlijnen 89/48 en 2005/36 niet heeft omgezet wat het beroep van notaris betreft. Derhalve moet worden nagegaan of deze richtlijnen op dit beroep kunnen worden toegepast.

139 Daarbij moet rekening worden gehouden met de wetgevingscontext waarin de betrokken richtlijnen tot stand zijn gekomen.

140 Zo heeft de wetgever in de twaalfde overweging van de considerans van richtlijn 89/48 uitdrukkelijk uiteengezet dat met het daarbij ingevoerde algemene stelsel van erkenning van hogeronderwijsdiploma's „geenszins vooruitgelopen wordt op de toepassing van [...] artikel [45 EG]". Het aldus geformuleerde voorbehoud geeft de wil van de wetgever weer om de onder artikel 45, eerste alinea, EG vallende werkzaamheden buiten de werkingssfeer van deze richtlijn te laten.

141 Ten tijde van de vaststelling van richtlijn 89/48 was het Hof nog niet in de gelegenheid geweest om uitspraak te doen over de vraag of de notariële werkzaamheden al dan niet onder artikel 45, eerste alinea, EG vallen.

142 Het Parlement heeft in de jaren na de vaststelling van die richtlijn in zijn in de punten 59 en 116 van het onderhavige arrest vermelde resoluties van 1994 en 2006 enerzijds aangegeven dat artikel 45, eerste alinea, EG integraal moest worden toegepast op het beroep van notaris als zodanig, terwijl het anderzijds de wens heeft uitgedrukt dat het voor de toegang tot dit beroep gestelde nationaliteitsvereiste werd ingetrokken.

143 Verder heeft de wetgever van de Unie bij de vaststelling van richtlijn 2005/36, die in de plaats van richtlijn 89/48 is gekomen, in punt 41 van de considerans van eerstgenoemde richtlijn zorgvuldig gepreciseerd dat zij de toepassing van artikel 45 EG, „[met name betreffende notarissen]", onverlet laat. Zoals in punt 114 van dit arrest is gezegd, heeft de wetgever van de Unie met dit voorbehoud geen standpunt ingenomen over de toepasselijkheid van artikel 45, eerste alinea, EG — en dus van richtlijn 2005/36 — op de notariële werkzaamheden.

144 Dat bevestigen met name de voorbereidende werkzaamheden van laatstgenoemde richtlijn. In zijn op 11 februari 2004 in eerste lezing vastgestelde wetgevingsresolutie over het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (PB 2004, C 97E, blz. 230), had het Parlement immers voorgesteld om in richtlijn 2005/36 uitdrukkelijk te vermelden dat deze niet voor de notarissen gold. Met deze suggestie is evenwel geen rekening gehouden in het gewijzigde voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de erkenning van beroepskwalificaties [COM(2004) 317 definitief], en evenmin in gemeenschappelijk standpunt (EG) nr. 10/2005 van 21 december 2004 vastgesteld door de Raad volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap met het oog op de aanneming van een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de erkenning van beroepskwalificaties (PB 2005, C 58E, blz. 1), niet omdat de bedoelde richtlijn voor het

beroep van notaris moest gelden, maar met name omdat „[a]rtikel 45[, eerste alinea,] EG [voorzag] in een afwijking van de beginselen van vrijheid van vestiging en van dienstverrichting voor werkzaamheden die een rechtstreekse en specifieke deelname aan de uitoefening van het openbaar gezag inhouden".

145 Gelet op de bijzondere omstandigheden waarin het wetgevingsproces heeft plaatsgevonden alsmede op de situatie van onzekerheid die daaruit is ontstaan, zoals uit de hierboven weergegeven wetgevingscontext naar voren komt, blijkt het niet mogelijk, vast te stellen dat bij het verstrijken van de in het met redenen omkleed advies gestelde termijn een voldoende duidelijke verplichting op de lidstaten rustte om de richtlijnen 89/48 en 2005/36 voor het beroep van notaris uit te voeren.

146 Bijgevolg moet het tweede middel worden afgewezen.

147 Gelet op een en ander, moet worden vastgesteld dat de Republiek Oostenrijk, door een nationaliteitsvereiste te stellen voor de toegang tot het beroep van notaris, de krachtens artikel 43 EG op haar rustende verplichtingen niet is nagekomen, en moet het beroep worden verworpen voor het overige.

Kosten

148 Ingevolge artikel 69, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Aangezien het beroep van de Commissie slechts gedeeltelijk is toegewezen, dient elke partij haar eigen kosten te dragen.

149 Volgens artikel 69, lid 4, eerste alinea, van dit Reglement dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. De Tsjechische Republiek, de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië, de Slowaakse Republiek en het Verenigd Koninkrijk dragen bijgevolg hun eigen kosten.

Het Hof (Grote kamer) verklaart:

1) Door voor de toegang tot het beroep van notaris een nationaliteitsvereiste te stellen, is de Republiek Oostenrijk de krachtens artikel 43 EG op haar rustende verplichtingen niet nagekomen.

2) Het beroep wordt verworpen voor het overige.

3) De Europese Commissie, de Republiek Oostenrijk, de Tsjechische Republiek, de Bondsrepubliek Duitsland, de Franse Republiek, de Republiek Letland, de Republiek Litouwen, de Republiek Hongarije, de Republiek Polen, de Republiek Slovenië, de Slowaakse Republiek en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland dragen hun eigen kosten.

ondertekeningen