CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA
van 23 februari 1999 *

Inleiding

1. De vragen van het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Oostenrijk) betreffen de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van de wettelijke regeling van de Oostenrijkse deelstaat Tirol inzake de verkrijging van onroerend goed. In samenhang daarmee wordt gevraagd, of de verzoeker in het hoofdgeding zich voor de nationale rechter kan beroepen op niet-contractuele aansprakelijkheid van de Republiek Oostenrijk, wanneer de door de Tiroolse wetgever vastgestelde regeling inbreuk zou maken op uit het Verdrag voortvloeiende verplichtingen. Een van de punten die in het kader van het aan het Hof voorgelegde probleem vooraf moeten worden opgelost, betreft de omstandigheid dat in de Akte betreffende de toetreding van Oostenrijk tot de Europese Unie dat land uitdrukkelijk wordt gemachtigd de in de verwijzingsbeschikking bedoelde wettelijke regeling voorlopig te handhaven.

De nationale regeling inzake de verkrijging van onroerend goed

2. Ingevolge de Oostenrijkse federale grondwet komt de bevoegdheid om de verkoop van voor land- en bosbouw bestemde grond en de verwerving van onroerend goed door vreemdelingen te regelen, aan de deelstaten toe. Volgens de Bundes-Verfassungsgesetznovelle (wet tot herziening van de federale grondwet; *BGBl* nr. 276/1992, artikel 1, lid 1) kunnen de deelstaten administratief toezicht op onroerendgoedtransacties invoeren, wat zij inderdaad hebben gedaan. De nationale bepalingen die inbreuk zouden maken op uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen (en om die reden grond zouden opleveren voor een verplichting verzoeker schadeloos te stellen), zijn die van het Tiroler Grundverkehrsgesetz 1993 (hierna: „TGVG 1993"), dat van 1 januari 1994 tot 1 oktober 1996 gold, en die van het nieuwe Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 (hierna: „TGVG 1996"), dat op 1 oktober 1996 van kracht is geworden. [1]

Het TGVG 1993

3. Volgens § 9, lid 1, sub a, en § 12, lid 1, sub a, TGVG 1993 dient de koper van de grond vooraf een vergunning van de bevoegde instantie te verkrijgen. Deze vergunning kan worden geweigerd, wanneer

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — *Tiroler LGBl*, nr. 82/1993, resp. *Tiroler LGBl*, nr. 61/1996.

de koper niet aannemelijk maakt, dat met de voorgenomen verkrijging niet wordt beoogd op het betrokken perceel een tweede woning in te richten (§ 14, lid 1, TGVG 1993). Die vergunningsplicht geldt echter niet voor Oostenrijkse onderdanen die verklaren, dat zij op het verworven perceel geen tweede woning zullen inrichten (§ 10, lid 1, TGVG 1993).

Volgens § 13, lid 1, TGVG 1993 kan de vergunning slechts aan vreemdelingen — waaronder onderdanen van andere lidstaten — worden afgegeven, wanneer hun verkrijging van het onroerend goed niet indruist tegen de economische belangen van de Oostenrijkse Staat en er een economisch, cultureel of sociaal belang bestaat.

Volgens § 3, dat overeenkomstig § 41 op 1 januari 1996 van kracht is geworden, zijn de vreemdelingen betreffende bepalingen niet van toepassing op personen die aantonen, dat zij handelen in het kader van de door de Overeenkomst inzake de Europese Economische Ruimte (hierna: „EER-overeenkomst") [2] gewaarborgde vrijheid.

2 — PB 1994, L 1, blz. 420.

Het TGVG 1996

4. Ook onder de nieuwe regeling kan geen vergunning worden afgegeven wanneer niet aannemelijk wordt gemaakt, dat met de verkrijging niet wordt beoogd een tweede woning in te richten (§ 11, lid 1, sub a).

In de nieuwe wet ontbreekt de vroegere vrijstelling van de vergunningsplicht voor Oostenrijkse onderdanen. Iedere verkrijger, ongeacht zijn nationaliteit, dient thans een vergunning aan te vragen. Deze kan ook in een versnelde procedure worden verleend. Volgens § 25, lid 2, moet de bevoegde instantie haar beslissing binnen twee weken na de aanvraag nemen, wanneer kennelijk is voldaan aan de voorwaarden waaronder een vergunning voor het verkrijgen van een bouwterrein wordt afgegeven.

In het geval dat rechten op onroerend goed worden verkregen in het kader van het vrije verkeer van personen, de vrijheid van vestiging en dienstverrichting en het vrije verkeer van kapitaal, geldt de nieuwe wet volgens § 3 zonder onderscheid voor Oostenrijkers en vreemdelingen, tenzij uit de toepassing van artikel 70 Toetredingsakte of artikel 40 EER-overeenkomst een andere oplossing voortvloeit. Voor niet met Oostenrijkse onderdanen gelijkgestelde vreemdelingen geldt echter, naast de voorwaarden waaraan Oostenrijkers moeten voldoen, nog steeds de bijzondere voorwaarde van de oude regeling: de verkrijging mag

niet in strijd zijn met de economische belangen van de Oostenrijkse Staat en moet gerechtvaardigd zijn door een economisch, cultureel of sociaal belang (zie § 13, lid 1, sub b). Deze bepalingen gelden echter niet, wanneer zij onverenigbaar zijn met verplichtingen uit internationale verdragen.

In casu gaat het om schending van de verdragsverplichtingen inzake de vrijheid van vestiging en het vrije goederenverkeer. [4]

Het gemeenschapsrecht

5. De bepaling om uitlegging waarvan in deze zaak wordt gevraagd, is artikel 70 van de Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden en de aanpassing van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond [3] (hierna: „Toetredingsakte"). Dit artikel luidt als volgt:

„Onverminderd de verplichting[en] op grond van de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond, mag de Republiek Oostenrijk zijn bestaande wetgeving inzake tweede woningen gedurende vijf jaar na de toetreding handhaven."

3 — PB 1995, L 1, blz. 1.

De feiten

6. Verzoeker in het hoofdgeding, die de Duitse nationaliteit bezit, kreeg bij een openbare executieverkoop door het Bezirksgericht Lienz op 11 augustus 1994 een terrein in Oost-Tirol toegewezen. Bij die toewijzing — onder vigeur van het TGVG 1993 — had verzoeker een vergunningsaanvraag voorgelegd, waarin hij verklaarde het terrein te willen gebruiken om er zijn hoofdverblijf te vestigen en handelsactiviteiten in het kader van zijn onderneming EUVAT GmbH uit te oefenen. Daarmee gaf hij in feite een verklaring af die in wezen overeenkwam met de verklaring die Oostenrijkse onderdanen volgens de Tiroolse wet in plaats van een vergunningsaanvraag kunnen afgeven. De Bezirkshauptmannschaft Lienz, de in eerste instantie bevoegde instantie ter zake van de verkrijging van het onroerend goed, wees de aanvraag bij beschikking van 18 novem-

4 — Artikel 52 EG-Verdrag luidt:
„In het kader van de volgende bepalingen worden de beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat tijdens de overgangsperiode geleidelijk opgeheven. Deze geleidelijke opheffing zal eveneens betrekking hebben op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.
De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan, alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."
Artikel 73 B, lid 1, EG-Verdrag bepaalt:
„In het kader van de bepalingen van dit hoofdstuk zijn alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten onderling en tussen lidstaten en derde landen verboden."

ber 1994 af, op grond dat niet was voldaan aan de voor vreemdelingen geldende voorwaarden van § 13 TGVG 1993. Verzoeker had niet — zoals voor de vergunning vereist — aangetoond, dat hij met de verkrijging niet beoogde een tweede woning in te richten, wat tegen de doelstellingen van het Grundverkehrsgesetz zou indruisen.

Verzoeker tekende bezwaar aan bij de Landesgrundverkehrskommission (hierna: „LGvK"), die bij beschikking van 12 juni 1995 de eerdere beschikking bevestigde met de motivering, dat verzoeker niet aannemelijk had kunnen maken, dat hij niet de inrichting van een tweede woning in de zin had gehad of dat hij gebruik van de vrijheid van vestiging had willen maken. Daarop wendde verzoeker zich tot het Verwaltungsgerichtshof (hogere bestuursrechter), dat het beroep bij arrest van 19 mei 1996 verwierp. Aan het einde van de administratieve beroepsweg stelde verzoeker krachtens artikel 144, lid 1, van de grondwet beroep in bij het Verfassungsgerichtshof (hierna: „VfGH"). Dit verklaarde bij arrest van 25 februari 1997 zijn arrest van 10 december 1996, waarbij het TGVG 1993 in zijn geheel ongrondwettig was verklaard, op verzoekers geval van toepassing en vernietigde dienovereenkomstig de beschikking van de LGvK.

De LGvK moest zodoende opnieuw kennisnemen van verzoekers bezwaarschrift en paste nu het TGVG 1996 toe, dat op 1 januari 1996 van kracht was geworden. De voor het hoofdgeding relevante bepalingen van deze wet zijn hiervóór weergegeven. De versnelde procedure van § 25 is in verzoekers geval niet toegepast. In de loop van de procedure voor het Hof werd ons meegedeeld, dat de vergunning is februari 1998 is afgegeven. Pas op dat moment werd de verkrijging van het onroerend goed rechtsgeldig.

7. Van mening dat door de toepassing van het TGVG 1993 en het TGVG 1996 inbreuk was gemaakt op de hem door het EG-Verdrag toegekende fundamentele vrijheden, stelde verzoeker bij het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien een beroep tot schadevergoeding in tegen de Republiek Oostenrijk. Luidens de verwijzingsbeschikking „voelt verzoeker zich wat de toepassing van het TGVG 1993 betreft, gediscrimineerd en belemmerd in de uitoefening van het recht van vrije vestiging en de vrijheid van kapitaalverkeer, doordat van hem het bewijs wordt verlangd, dat hij geen tweede woning zal inrichten, terwijl Oostenrijkers hadden kunnen volstaan met de enkele verklaring bedoeld in § 10, lid 2, TGVG 1993 (...) Wat het (...) TGVG 1996 betreft, voelt verzoeker zich in de uitoefening van zijn gemeenschapsrechtelijke vrijheden belemmerd, doordat hij zich voor de eigendomsverkrijging van het perceel (dus voor de inschrijving van zijn eigendomsrecht in het kadaster) aan een vergunningsprocedure heeft moeten onderwerpen." Door die vergunningsprocedure was de definitieve verkrijging door verzoeker ver-

traagd en had hij niet over het onroerend goed kunnen beschikken.

De Republiek Oostenrijk heeft voor het Hof betoogd, dat de in geding zijnde regelingen onder de afwijkingsbepaling van artikel 70 Toetredingsakte vallen.

De prejudiciële vragen

8. Het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien achtte het in het door verzoeker aanhangig gemaakte geding noodzakelijk, het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Moeten de artikelen 6, 52 en volgende (derde deel, titel III; hoofdstuk 2) en 73 B en volgende (derde deel, titel III, hoofdstuk 4) EG-Verdrag en artikel 70 van de Toetredingsakte [Akte betreffende de toetredingsvoorwaarden voor (...) de Republiek Oostenrijk (...) en de aanpassing van de Verdragen] aldus worden uitgelegd, dat:

a) het feit dat eiser tijdens de geldingsduur van het Tiroler Grundverkehrgesetz 1993 het bewijs diende te leveren, dat hij geen tweede woning zou vestigen, terwijl bij eigendomsverkrijging door een eigen onderdaan de enkele verklaring bedoeld in § 10, lid 2, zou hebben volstaan om de vergunning van de Grundverkehrsbehörde te verkrijgen, welke vergunning hem werd geweigerd, en

b) het feit dat eiser ingevolge het Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 — evenals thans ook eigen onderdanen — reeds vóór de inschrijving van zijn eigendomsrecht in het kadaster een vergunningsprocedure moet doorlopen, waarbij de mogelijkheid om een verklaring met rechtsgevolg af te leggen, dat daarmee geen tweede woning wordt gevestigd, nu ook voor eigen onderdanen is komen te vervallen, in strijd zijn met het gemeenschapsrecht en een door het gemeenschapsrecht gewaarborgde fundamentele vrijheid van eiser aantasten?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: dient het Hof van Justitie in het kader van de procedure van artikel 177 EG-Verdrag ook te beoordelen, of een schending van het gemeenschapsrecht 'voldoende gekwalificeerd' is (in de zin van bijvoorbeeld de rechtsoverwegingen in het arrest van het Hof van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur/Bondsrepubliek Duitsland)?

3) Indien de eerste en de tweede vraag bevestigend worden beantwoord: is de schending 'voldoende gekwalificeerd'?

4) Moet artikel 5 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat aan het beginsel van aansprakelijkheid van de lidstaten voor schade die aan particulieren is toegebracht door schending van het gemeenschapsrecht, ook dan recht wordt gedaan, wanneer in het nationale aansprakelijkheidsrecht van een lidstaat met een federale structuur met betrekking tot schendingen die aan een deelstaat moeten worden toegerekend, is bepaald dat de gelaedeerde alleen de deelstaat en niet de bondsstaat kan aanspreken?"

Ten gronde

De toepasselijkheid van artikel 70 Toetredingsakte

9. Naar verzoeker in deze procedure heeft betoogd, heeft hij schade geleden doordat hij zich, in strijd met de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije verkeer van personen en kapitaal en met het non-discriminatiebeginsel, heeft moeten onderwerpen aan de aanvankelijk door het TGVG 1993 en vervolgens door het TGVG 1996 voorgeschreven vergunningsprocedure. Zoals reeds gezegd, is de Oostenrijkse regering echter van oordeel, dat noch door de bepalingen van het TGVG 1993 noch door die van het TGVG 1996 het Verdrag is geschonden. In het ene zowel als in het andere geval is immers artikel 70 Toetredingsakte van toepassing, krachtens hetwelk de Republiek Oostenrijk — *in afwijking* van haar verplichtingen ingevolge de Verdragen waarop de Europese Unie is gegrond — haar bestaande wetgeving inzake tweede woningen gedurende vijf jaar na de toetreding kon handhaven. Dit argument van de Oostenrijkse regering zullen wij vóór alle andere moeten onderzoeken. De vraag betreffende de verenigbaarheid met het Verdrag van de Tiroolse wettelijke regeling (en de eventuele aansprakelijkheid van Oostenrijk in het geval van verdragsschending) kan immers slechts aan de orde komen met betrekking tot bepalingen die niet binnen het toepassingsgebied van artikel 70 Toetredingsakte vallen.

10. De in casu toepasselijke bepalingen zijn, zoals al aangegeven, in diverse opzichten gewijzigd. Voor de toepassing van de in de Toetredingsakte ten gunste van Oostenrijk opgenomen afwijkingsbepaling zullen wij derhalve moeten vaststellen, wat moet worden verstaan onder de „bestaande wetgeving" die ingevolge artikel 70 kan worden gehandhaafd. Naar mijn mening volgt de juiste uitlegging van deze bepaling duidelijk uit de rechtspraak van het Hof. Artikel 70 is een afwijkingsbepaling en kan enkel met inachtneming van zijn doel en, in elk geval, in strikte zin worden uitgelegd, zoals vereist door de hier in aanmerking te nemen arresten van het Hof. [5] De verdragsluitende partijen hebben Oostenrijk toege-

5 — Het vereiste van strikte uitlegging van afwijkingsbepalingen is door het Hof nog recentelijk bevestigd in zijn arrest van 3 december 1998, KappAhl Oy (C-233/97, Jurispr. blz. I-8069, punten 15 en 21).

staan nog vijf jaar lang de bestaande wetgeving te handhaven, teneinde de aanpassing van het nationale recht aan de gemeenschapsvoorschriften mogelijk te maken, althans te vergemakkelijken. In het vooruitzicht van een steeds sterkere aanpassing aan het gemeenschapsrecht heeft de afwijkingsbepaling evenwel *uitdrukkelijk* en *uitsluitend* betrekking op bij de toetreding reeds bestaande wetgeving. Oostenrijk kan zich dus niet op de afwijkingsbepaling beroepen wanneer de door de verwijzing naar dat tijdstip omschreven regelingen nadien wijzigingen hebben ondergaan die niet door de in de Toetredingsakte tot uitdrukking komende wilsovereenstemming tussen de verdragsluitende partijen worden gedekt, met name wijzigingen die latere beperkingen van de door het Verdrag aan particulieren toegekende vrijheden inhouden. [6]

11. Laat ons de zaak nu wat nader bezien in samenhang met de eerdergenoemde wetswijzigingen. Ik begin met het TGVG 1993. Op grond van deze wet weigerde de Bezirkshauptmannschaft Lienz verzoeker de vergunning. De afwijzende beschikking werd op het bezwaar van verzoeker eerst bevestigd door de Landesgrundverkehrskommission en vervolgens door het Verwaltungsgerichtshof. Bij arrest van 10 december 1996 evenwel had het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof het TGVG 1993 in zijn geheel ongrondwettig verklaard. Verzoeker wendde zich nu tot laatstgenoemde instantie, die vaststelde dat het TGVG 1993 niet op verzoeker kon worden toegepast, en de negatieve beschikking van de Bezirkshauptmannschaft Lienz vernietigde. [7] Het gaat er nu om, of de beslissingen van het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof relevant zijn voor de vraag, of het TGVG 1993 onder de „bestaande wetgeving" moet worden begrepen. Zoals reeds gezegd, wordt daarmee gedoeld op de regelingen die op het tijdstip van Oostenrijks toetreding tot de Europese Unie in dit land daadwerkelijk gelding bezaten. De ongrondwettigverklaring waarom het hier gaat, dateert van na dat tijdstip. Maar welke werking in de tijd had zij? Naar Oostenrijks recht werken arresten waarbij ongrondwettige regelingen worden vernietigd, in beginsel ex nunc. Volgens artikel 140, lid 5, van de grondwet krijgen dergelijke arresten rechtskracht op de dag van hun bekendmaking in het Bundesgesetzblatt, tenzij het Verfassungsgerichtshof een ander tijdstip bepaalt. [8] In casu heeft het arrest van 10 december

6 — Wat de verwijzing naar de „bestaande wetgeving" betreft, kan ik mij niet vinden in de uitlegging die Oostenrijk — als partij in de procedure voor het Hof — aan artikel 70 geeft: volgens die uitlegging zou de handhaving van de bestaande beperkingen op de aankoop van tweede woningen in ieder geval in de periode van 1 januari 1995 tot eind 1999 zijn toegestaan. Anderzijds kan ik mij om dezelfde redenen evenmin vinden in de opvatting van de Commissie, dat de waarborgen betreffende de vrijheid van vestiging en het non-discriminatiebeginsel niet onder de afwijkingsbepaling vallen, omdat deze in hoofdstuk 2 staat, dat blijkens zijn opschrift uitdrukkelijk slechts betrekking heeft op „het vrije verkeer van personen, diensten en kapitaal". Deze opvatting valt niet te verenigen met de tekst van de bepaling en ziet over het hoofd, dat het opschrift van hoofdstuk 2 overeenkomt met dat van titel III van het EG-Verdrag, waarin ook het recht van vestiging aan de orde komt. Het non-discriminatiebeginsel op zijn beurt is een wezenlijk element van de regeling van de fundamentele vrijheden: elke afwijkingsbepaling met betrekking tot de uitoefening van een van die vrijheden heeft noodzakelijkerwijs gevolgen voor de aan het Verdrag ontleende rechten.

7 — Verzoeker had zijn beroep ingesteld op basis van artikel 144, lid 1, van de grondwet, dat bepaalt: „Het Verfassungsgerichtshof neemt kennis van beroepen tegen beschikkingen van bestuursinstanties (...), wanneer de verzoeker stelt (...) door de toepassing van een met de grondwet onverenigbare wet (...) in zijn rechten te zijn aangetast. Dit beroep kan slechts na uitputting van de gewone rechtsmiddelen worden ingesteld."

8 — Zie Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 3e dr. 1997, blz. 398 e.v.; Peyrou-Pistouley, *La Cour constitutionnelle et la contrôle de la constitutionnalité des lois en Autriche*, 1993, blz. 325 e.v., en Palermo, *Codice di diritto costituzionale austriaco*, Padua, 1998, blz. 27. In procedures waarin werd opgekomen tegen administratieve beschikkingen, sloot het Verfassungsgerichtshof aanvankelijk de mogelijkheid van terugwerkende kracht van vernietigingsarresten uit, doch hierin is verandering gebracht met het arrest VfSlg 10.203; zie Öhlinger, op. cit., blz. 410 e.v.

1996, waarbij het TGVG 1993 ongrondwettig werd verklaard, eerst na de toetreding werking verkregen. Welke consequenties moeten daaraan worden verbonden? Is de werking in de tijd van de bij de toetreding bestaande wettelijke regeling, te weten het TGVG 1993, dat de verwijzende rechter op grond van de uitdrukkelijke bepaling van artikel 70 Toetredingsakte in aanmerking diende te nemen, afhankelijk van het arrest van het Verfassungsgerichtshof? Ik meen deze vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Dat arrest is in deze zaak als een *rechtsbron* te beschouwen. Daarbij denk ik aan de werking erga omnes van de vernietiging, die uit de ongrondwettigverklaring voortvloeit, waarvan, zoals bekend, het Oostenrijkse recht in Europa het eerste voorbeeld heeft geleverd. In het kader van de Toetredingsakte kan de vaststelling van ongrondwettigheid mijns inziens slechts van belang zijn, voor zover de onwettig verklaarde regeling daardoor *objectief* uit de Oostenrijkse rechtsorde *wordt verwijderd*. Het mogelijk effect van die vaststelling op de „bestaande wetgeving" die gehandhaafd mag worden, moet mijns inziens worden onderzocht vanuit het standpunt dat het Hof in andere zaken heeft ingenomen, toen het met betrekking tot de nationale rechtsordes van de lidstaten de procedure van vernietiging van wetten door de constitutionele rechter (althans impliciet) op één lijn stelde met een procedure die tot intrekking van een wet leidt doordat deze ongrondwettig wordt verklaard.[9] Als dit zo is, kan het arrest van het Verfassungsgerichtshof *in zoverre* en slechts *vanaf het tijdstip waarop* het in werking treedt als een handeling van de wetgever — zij het ook, om met H. Kelsen te spreken, een „negatieve" wetgever[10] —, gevolgen hebben voor de bestaande wetgeving in de zin van de Toetredingsakte. Wij kunnen er thans dus van uitgaan, dat het Verfassungsgerichtshof in zijn arrest van 25 februari 1997 overeenkomstig artikel 140, lid 7, van de Oostenrijkse grondwet voor recht heeft verklaard, dat ten aanzien van verzoeker moest worden gedaan „alsof de [in het eerdere arrest van 10 december 1996, dat het gehele TGVG 1993 betrof] ongrondwettig verklaarde regeling reeds op het tijdstip van de feiten waarop de beschikking betrekking had, geen deel meer uitmaakte van de rechtsorde".[11] Verliezen wij niet uit het oog, dat de hier in geding zijnde afwijkingsbepaling er enkel toe dient, de Oostenrijkse Staat van aansprakelijkheid te vrijwaren indien hij tijdens de hem gegunde periode bestaande regelingen handhaaft, ofschoon deze met uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen onverenigbaar zijn. Hiermee hebben de partijen bij de Toetredingsakte de handhaving van de in casu relevante bestaande nationale wetgeving stellig niet afhankelijk willen maken van de eerbiediging van de bepalingen van de Oostenrijkse grondwet. De afwijkingsbepaling betreft enkel de verenigbaarheid van de gehandhaafde regelingen met het gemeenschapsrecht. Iets anders zou ook niet kunnen. In ons geval behoeft dus geen rekening te worden gehouden met het arrest waarin de constitutionele rechter het door de Oostenrijkse rechtsorde aan verzoeker gewaarborgde recht om verschoond te blijven van de toepassing van onwettig verklaarde bepalingen, heeft bevestigd. Voor ons onderzoek is dus, nogmaals gezegd, uitsluitend dat andere arrest van belang, dat wil zeggen het arrest waarbij het TGVG 1993 in zijn geheel ongrondwettig is verklaard — en dit wegens de

9 — Zie arrest van 9 maart 1978, Simmenthal (106/77, Jurispr. blz. 629, punt 24).

10 — Kelsen, H., *Giustizia costituzionale*, Milaan, 1981, blz. 300.

11 — Zie punt III.1 van de motivering van het arrest.

werking van dit arrest (welke naar mijn oordeel gelijk is aan de werking van een eventuele intrekking van de wet), die de handhaving van genoemde wet slechts verhindert vanaf het tijdstip waarop het arrest rechtskracht heeft verkregen.

Het TGVG 1993 is derhalve als bestaande wetgeving in de zin van de afwijkingsbepaling te beschouwen. [12]

12. In de tweede plaats moet worden bedacht, dat de Landesgrundverkehrskommission, waarnaar de zaak Konle na het arrest van het Verfassungsgerichtshof van 25 februari 1997 weer was verwezen, nu het in de plaats van het TGVG 1993 gekomen TGVG 1996 moest toepassen. Deze nieuwe Tiroolse wet was op 1 oktober 1996, dat wil zeggen na de toetreding van Oostenrijk tot de Europese Unie, van kracht geworden. De Oostenrijkse regering betoogt, dat ook deze wet onder de afwijkingsregeling valt, want het TGVG 1996 zou slechts formele wijzigingen in het systeem van het TGVG 1993 hebben aangebracht, doch de bepalingen van dit laatste voor het wezenlijke in stand hebben gelaten. Bij deze zienswijze kan ik mij echter niet aansluiten. Het TGVG 1996 stelt immers andere procedures vast dan het ten tijde van de toetreding geldende TGVG 1993. In plaats van de verklaringsprocedure, waarvan enkel Oostenrijkse onderdanen gebruik konden maken, alsmede vanaf 1 januari 1996 degenen die op grond van de EER-overeenkomst het recht van vrij verkeer hebben, voert het TGVG 1996 een algemene vergunningsplicht in, waarbij de bevoegde instanties de bevoegdheid krijgen, de vergunning via een verkorte procedure aan de verkrijger van het onroerend goed te verlenen. De twee wetten bevatten dus objectief verschillende controlemodaliteiten. Door de afschaffing van de verklaringsprocedure en de gelijktijdige invoering van een vergunningsprocedure voor iedereen, zowel Oostenrijkse onderdanen als op grond van § 3 van het TGVG 1993 met hen gelijkgestelde vreemdelingen, werd bovendien de overdraagbaarheid van onroerend goed verder beperkt.

De gestelde schending van het Verdrag

13. Omdat het TGVG 1996 niet onder de afwijkingsregeling valt, zullen wij de in de verwijzingsbeschikking gestelde vraag 1 b) moeten beantwoorden. De rechter a quo wenst daarmee te vernemen, of „het feit dat eiser ingevolge het TGVG 1996 — evenals thans ook eigen onderdanen — reeds vóór de inschrijving van zijn eigendomsrecht in het kadaster een vergunningsprocedure moet doorlopen, waarbij de mogelijkheid om een verklaring met rechtsgevolg af te leggen dat daarmee geen tweede woning wordt gevestigd, nu ook voor eigen onderdanen is komen te vervallen, in strijd is met het gemeenschapsrecht", en of dit ertoe leidt, dat „een door het gemeenschapsrecht

12 — Omdat de aansprakelijkheid van Oostenrijk niet uit de toepassing van het TGVG 1993 voortvloeit, behoeven wij niet te onderzoeken of, zoals verzoeker stelt, de in het TGVG 1993 geregelde verklarings- en vergunningsprocedure inbreuk maakt op het non-discriminatiebeginsel en de fundamentele rechten. Evenmin behoeven wij in te gaan op het bezwaar van Oostenrijk — als partij in de procedure voor het Hof —, dat verzoeker hoe dan ook geen schending van het Verdrag had mogen stellen. Indien verzoeker meende, aldus het Oostenrijkse argument, op basis van de rechtstreeks werkende gemeenschapsbepalingen gerechtigd te zijn de vergunningsaanvraag op dezelfde wijze als Oostenrijkse onderdanen in te dienen, had hij een verklaring in de in § 10 voorgeschreven vorm moeten afleggen.

gewaarborgde fundamentele vrijheid" van eiser wordt aangetast. De rechter a quo verwijst met name naar de artikelen 6, 52 en volgende en 73 en volgende van het Verdrag, betreffende respectievelijk het non-discriminatiebeginsel, de vrijheid van vestiging en het vrije kapitaalverkeer. [13]

14. Volgens verzoeker maakt het vereiste van een administratieve vergunning voor het verkrijgen van onroerend goed inbreuk op de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal. De Republiek Oostenrijk brengt daar in haar schriftelijke opmerkingen voor het Hof tegen in, dat de vergunningsprocedures niet discriminerend zijn en de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden niet in ontoelaatbare mate inperken. Volgens artikel 222 van het Verdrag blijft immers de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet.

Ik kan niet instemmen met het betoog van de Oostenrijkse regering, dat de in geding zijnde Tiroolse regeling, alleen al omdat zij verband houdt met een onder artikel 222 vallende materie, niet behoeft te voldoen aan het vereiste van verdragsconformiteit en op dat punt niet door het Hof kan worden getoetst. [14] Als dat het geval was, had men de afwijkingsregeling van artikel 70 Toetredingsakte wel niet nodig gehad. De toegang tot de eigendom van onroerend goed is immers een uitvloeisel van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden en van het recht om, binnen de grenzen van artikel 8 A EG-Verdrag, in een andere lidstaat te verblijven en er woonplaats te hebben. Wanneer de in de verwijzingsbeschikking genoemde nationale wettelijke regelingen niet door de afwijkingsbepaling gedekt of gerechtvaardigd zijn, is er geen enkele reden waarom het Hof hun verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht, en in het bijzonder met de voorwaarden waaronder de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden kan worden ingeperkt, niet zou onderzoeken.

15. Laat ons nu dus beginnen met de vraag, of de in geding zijnde regeling de vrijheid van vestiging op ontoelaatbare wijze inperkt. Het Hof heeft vastgesteld — ook de Commissie herinnert eraan —, dat „het recht om onroerende goederen op het grondgebied van een andere lidstaat te verkrijgen, te gebruiken of te vervreemden, het noodzakelijk complement op de vrijheid van vestiging vormt, zoals blijkt uit artikel 54, lid 3, sub e, EEG-Verdrag en uit het Algemene Programma van 18 december

13 — Met betrekking tot artikel 6 heeft het Hof reeds vastgesteld, dat dit „enkel van autonome toepassing is in door het gemeenschapsrecht beheerste situaties waarvoor het Verdrag geen specifieke non-discriminatievoorschriften bevat". Zie arrest van 30 mei 1989, Commissie/Griekenland (305/87, Jurispr. blz. 1461).

14 — Artikel 222 uitleggend overwoog het Hof, dat „ook al raakt artikel 222 EEG-Verdrag (...) niet aan het recht van de lidstaten om een stelsel van onteigening ten algemenen nutte in te voeren, (...) op een dergelijk stelsel [toch] het fundamentele, aan de verdragsbepalingen betreffende het recht van vestiging ten grondslag liggende non-discriminatiebeginsel van toepassing [blijft]". Zie arresten van 13 december 1979, Hauer (44/79, Jurispr. blz. 3727, punt 17), en 17 juli 1997, SAM Schiffahrt en Stapf (C-248/95 en C-249/95, Jurispr. blz. I-4475, punt 72).

1961 voor de opheffing van de beperkingen van de vrijheid van vestiging". [15] Een stelsel van voorafgaande vergunningen, zoals dat van het TGVG 1996, kan bijgevolg een belemmering voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging zijn. In de in casu relevante bepalingen van die regeling is de nationaliteit van de belanghebbende inderdaad geen punt en zij zijn in zoverre zonder onderscheid van toepassing. Zij mogen evenwel niet indruisen tegen de door de communautaire rechtspraak geformuleerde criteria, volgens welke dergelijke maatregelen door dwingende redenen van algemeen belang gerechtvaardigd moeten zijn, alsook passend en evenredig met het beoogde doel, en niet op discriminerende wijze mogen worden toegepast. [16]

16. In de eerste plaats moet dus worden onderzocht, of de vergunningsregeling gerechtvaardigd wordt door dwingende vereisten ten aanzien waarvan de Tiroolse wetgever over een beoordelingsvrijheid beschikt. Dat er gewichtige rechtvaardigingsgronden zijn, valt mijns inziens niet te ontkennen. Zij zijn te vinden in de voorstukken van het Tiroler Raumordnungsgesetz 1994, dat bepalingen bevat over de bouw van tweede woningen en dat nauw samenhangt met de in geding zijnde onroerendgoedregeling. [17] Het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof heeft het belang van de door de Tiroolse wetgever omschreven eisen in zijn arrest over genoemd Raumordnungsgesetz erkend. [18] Het gaat voornamelijk om vereisten van ruimtelijke ordening, die de bijzondere kenmerken van het betrokken gebied weerspiegelen: een beperkt bewoonbaar oppervlak en de noodzaak van zuinig gebruik ervan; het dwingend vereiste de plaatselijke bevolking voldoende woonruimte te verzekeren, en daartegenover het gevaar dat de mogelijke toename van het reeds zeer grote aantal tweede woningen de prijzen van onroerend goed verder doet stijgen en de verkrijging ervan moeilijker maakt; het besparen van latere infrastructuurkosten en andere lasten die de openbare lichamen in het gebied zouden moeten dragen indien de vraag naar tweede woningen niet op passende wijze in de hand werd gehouden. Met deze vereisten is ten tijde van de toetreding van Oostenrijk ook op communautair niveau rekening gehouden. De lidstaten verklaarden immers: „Niets in het 'acquis communautaire' belet individuele lidstaten nationale, regionale of lokale maatregelen betreffende tweede woningen te nemen, mits deze maatregelen noodzakelijk zijn uit een oogpunt van ruimtelijke ordening en milieubescherming, en zonder rechtstreekse of onrechtstreekse discriminatie tussen de onderdanen van de lidstaten van toepassing zijn overeenkomstig het 'acquis'." [19]

15 — Arrest Commissie/Griekenland (reeds aangehaald, punt 22); deze kwalificatie gaat ervan uit, dat de waarborgen die het Verdrag op het gebied van de vrijheid van vestiging biedt, „niet enkel voor bijzondere bepalingen inzake het verrichten van beroepswerkzaamheden [gelden], maar ook voor verschillende algemene bevoegdheden die nuttig zijn voor het verrichten van die werkzaamheden"; hierbij wordt verwezen naar het arrest van 14 januari 1988, Commissie/Italië (63/86, Jurispr. blz. 29).

16 — Deze oorspronkelijk op het gebied van het vrije goederenverkeer ontwikkelde beginselen hebben later ook in verband met andere vrijheden toepassing gevonden. Zie voor het recht van vestiging arrest van 30 november 1995, Gebhard (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37), en voor de dienstverrichting arrest van 9 juli 1997, Parodi (C-222/95, Jurispr. blz. I-3899, punt 21).

17 — Zie bijlage bij de stenografische verslagen van de Tiroler Landtag, elfde wetgevingsperiode, zesde zitting, vierde vergadering van 6, 7 en 8 juli 1993, blz. 45 e.v.

18 — Arrest van 28 november 1996, punt 3.3.2.2.

19 — Een dergelijke verklaring heeft natuurlijk geen autonome waarde. Het Hof heeft er onlangs aan herinnerd, dat een gezamenlijke verklaring evenals een individuele standpuntbepaling slechts in aanmerking kan worden genomen, wanneer de inhoud ervan in de tekst van de uit te leggen bepaling tot uitdrukking is gebracht (zie arrest KappAhl Oy, reeds aangehaald, punt 23). Ook in de hier aangehaalde verklaring wordt overigens gerefereerd aan de door het Hof genoemde criteria van evenredigheid en niet-discriminerende toepassing.

17. Ook wanneer de beperkende bepalingen die wij hier moeten onderzoeken, theoretisch door dwingende vereisten van algemeen belang zijn ingegeven, zijn zij volgens de criteria van de communautaire rechtspraak enkel gerechtvaardigd indien zij evenredig zijn. Het moet maatregelen betreffen die daadwerkelijk geschikt zijn voor het doel dat de nationale wetgever nastreeft, en die niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. [20] Hierover zou ik het een en ander willen zeggen.

Om te beginnen een opmerking over aspecten van nationaal recht, waarmee de verwijzende rechter rekening dient te houden bij de toepassing van de geldende vergunningsregeling en dus bij het onderzoek, of deze in haar huidige vorm wel verenigbaar is met de normen van de communautaire rechtspraak.

In zijn arrest over het Tiroler Raumordnungsgesetz heeft het Oostenrijkse Verfassungsgerichtshof vastgesteld, dat het verbod van tweede woningen inbreuk maakte op het evenredigheidsbeginsel, omdat het te veel plaats inruimde aan de doelstellingen van milieubescherming en ruimtelijke ordening, die, zoals gezegd, aan de Tiroolse wettelijke regeling ten grondslag liggen. [21] Dergelijke redenen van algemeen belang konden, volgens het Verfassungsgerichtshof, de betrokken maatregelen enkel dan voor duidelijk afgebakende gebieden rechtvaardigen, wanneer zij zonder onderscheid voor de gehele regio waren vastgelegd. Hoe kan dit criterium in het onderhavige geval van belang zijn? Natuurlijk zijn de parameters waarnaar het Verfassungsgerichtshof verwijst, verschillend — en onafhankelijk — van die van het gemeenschapsrecht. Ik wil er echter op wijzen, dat het arrest van de Oostenrijkse constitutionele rechter de toepassing kan beïnvloeden van de regeling waarop de verwijzingsbeschikking betrekking heeft. De rechter a quo zal moeten onderzoeken, of de door het Verfassungsgerichtshof geconstateerde schending van het evenredigheidsbeginsel eventueel tevens een schending van de verdragsverplichtingen vormt. De criteria van de communautaire rechtspraak in aanmerking genomen, ben ik geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden, en ik zeg meteen waarom. De in casu toe te passen vergunningsregeling betreft de verkrijging van onroerend goed als hoofdverblijf, maar wordt, voor zover hier van belang, kennelijk gebruikt om te verhinderen dat de verkrijger het verbod om in Tirol een tweede woning in te richten, omzeilt. De rechter a quo zal dus moeten nagaan, of het door verzoeker verworven terrein in een gebied ligt waar het verbod van tweede woningen volgens het arrest van het Verfassungsgerichtshof niet gerechtvaardigd is. Is dat het geval, dan zou het, gemeten aan de nagestreefde doelstellingen, een ernstige inbreuk op het evenredigheidsbeginsel zijn wanneer de verkrijging afhankelijk was van de beperkingen van de vergunningsprocedure. De inperking van de vrijheid van vestiging zou kennelijk willekeurig, of onverenigbaar, zijn ten opzichte van de doelstellingen die de Tiroolse wetgever ingevolge de grondwet mag nastreven.

18. Met betrekking tot de criteria die voor het zojuist besproken aspect van deze zaak

20 — Zie, onder vele andere, arrest van 23 november 1989, Torfaen Borough Council (C-145/88, Jurispr. blz. 3851, punt 15).

21 — Arrest van 28 november 1996, reeds aangehaald, punt 3.3.2.2.

van belang kunnen zijn, heeft het Hof overigens in zijn arrest Bordessa duidelijke, principiële gedachten geformuleerd. Dat arrest is in casu ook van bijzondere interesse, omdat het gaat over administratieve controleprocedures die een beperking van het door het Verdrag gewaarborgde vrije verkeer tot gevolg hebben.[22] Het arrest betreft het vrije verkeer van kapitaal en maakt onderscheid tussen, enerzijds, het stelsel van vergunningen, waarop het Hof kritiek oefent wegens zijn opschortend effect op de afgifte van de gevraagde beschikking en de discretionaire bevoegdheid waarover de bestuursinstantie in een dergelijke procedure beschikt, en, anderzijds, het stelsel van voorafgaande aanmelding, dat een even effectief toezicht op de verwezenlijking van het beoogde doel mogelijk zou hebben gemaakt, maar de vrijheid van de marktdeelnemers minder zou hebben beperkt.[23] Ook in de arresten Sanz de Lera e.a., betreffende het vrije goederenverkeer, en Parodi, betreffende diensten[24], heeft het Hof laten zien, hoe het door de wetgever beoogde doel binnen — en niet buiten — de gestelde grenzen bereikt kon worden. Een overeenkomstige beoordeling kan dus ook voor de vrijheid van vestiging op haar plaats zijn, zoals ik hierna zal uiteenzetten.

19. Uiteraard is het de nationale rechter die moet beoordelen, of de ingreep in de vrijheid van vestiging, waarmee het in casu voorgeschreven administratief toezicht gepaard gaat, te ver gaat en, bijgevolg, in de zin van het gemeenschapsrecht ongerechtvaardigd is. Dit belet niet, dat het Hof die rechter de beoordelingscriteria verschaffen kan — en verschaffen moet — die naar zijn oordeel van nut zijn om te bepalen, hoe rekening kan worden gehouden met het vereiste, dat de betrokken maatregel niet tot een buitensporige beperking van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid mag leiden.

Met name zal de rechter erop moeten letten, hoe de bewijslast in het concrete geval ligt, omdat de afgifte van de vergunning ervan afhangt, dat de verkrijger aantoont het terrein niet voor een tweede woning te willen gebruiken.

In de tweede plaats kan het ontbreken van evenredigheid in dit geval ook in een ander belangrijk opzicht worden vastgesteld. Wanneer wij de ontwikkeling van de in geding zijnde regeling bezien, dan blijkt een duidelijk aanknopingspunt voor de beoordeling van de evenredigheid van de getroffen maatregelen te vinden te zijn in het stelsel van de verklaring vooraf, dat oorspronkelijk als alternatief van het vergunningstelsel bestond en thans volledig is afgeschaft. De Commissie betoogt, dat de betrokken wetgever in 1993 de verklaring vooraf als een effectief controlemiddel beschouwde, waarmee het gebruik van het verkregen onroerend goed als tweede woning kon worden verhinderd. Een feit is, dat de verklaringsprocedure enkel voor Oostenrijkse onderdanen was bedoeld. Voor grondaankopen door vreemdelingen,

22 — Arrest Hof van 23 februari 1995, Bordessa e.a. (C-358/93 en C-416/93, Jurispr. blz. I-361, punt 23), met verwijzing naar arrest van 31 januari 1984, Luisi en Carbone (286/82 en 26/83, Jurispr. blz. 377).

23 — Punten 24 en 27.

24 — Zie arrest van 14 december 1995, Sanz de Lera e.a. (C-163/94, C-165/94 en C-250/94, Jurispr. blz. I-4821, punt 23), en arrest Parodi, aangehaald in voetnoot 16, punt 21.

ook wanneer zij gemeenschapsonderdaan waren, bleef de vergunningsplicht gelden. De regeling van 1996 schafte deze ongelijke behandeling af en vereiste een vergunning voor elke verkrijging, ongeacht de nationaliteit van de koper. Weliswaar kent de nieuwe regeling voor bepaalde gevallen een vereenvoudigde procedure, maar zij stelt strengere voorwaarden voor de verkrijging van onroerend goed en de uitoefening van de vrijheid van vestiging door onderdanen van andere lidstaten. Die voorwaarden zijn strenger vergeleken met die van de verklaringsprocedure, die dezelfde wetgever als *volstrekt voldoende voor het noodzakelijk toezicht* had beschouwd en die hij derhalve — met de voor de uitbreiding ervan tot gemeenschapsonderdanen nodige wijzigingen en aanpassingen — had kunnen handhaven. Die oplossing zou de in aanmerking te nemen doelstellingen minstens even goed hebben gediend als de thans bestaande regeling, en zou de plaats die de vrijheid van vestiging in het Verdrag inneemt, meer hebben ontzien.

Ook op grond van deze laatste overwegingen is, naar mijn gevoelen, gegronde kritiek mogelijk op beperkende maatregelen als die welke de Tiroolse wetgever in 1996 heeft getroffen, wanneer men ze, zoals het gemeenschapsrecht verlangt, aan het evenredigheidsbeginsel toetst. Wij dienen derhalve vast te stellen, dat in dit opzicht het recht van vrije vestiging is geschonden.

20. Ten slotte moeten wij onderzoeken, of de betrokken maatregelen op discriminerende wijze worden toegepast. Bij het TGVG 1996 is, zoals gezegd, de vroeger voor Oostenrijkse onderdanen bestaande verklaringsprocedure afgeschaft en voor alle soorten van verkrijging vervangen door de vergunningsprocedure. Ingevolge § 25, lid 2, moet de vergunning echter binnen twee weken na de aanvraag worden afgegeven „wanneer kennelijk is voldaan aan de voorwaarden" voor die afgifte, en wel bij een met redenen omklede, niet voor beroep vatbare beschikking van de Landesgrundverkehrsreferent. Volgens verzoeker heeft de omstandigheid dat naast de normale vergunningsprocedure een vereenvoudigde procedure bestaat, het mogelijk gemaakt het discriminerende beleid ten nadele van onderdanen van andere lidstaten, dat door het TGVG 1993 tot 1 januari 1996 werd toegelaten, feitelijk voort te zetten. Op genoemde datum werd immers § 3 van kracht, die, overeenkomstig hetgeen door de EER-overeenkomst en de Toetredingsakte werd verlangd, de voor Oostenrijkse onderdanen bedoelde regeling uitbreidde tot degenen die van de door de EER-overeenkomst toegekende vrijheden gebruik maakten. Dat dat nu juist de bedoeling van de wetgever was, blijkt volgens verzoeker ook uit de samenhang met het TGVG 1996. In de toelichting op de bepaling waarin de vereenvoudigde procedure wordt geregeld (§ 25), wordt een verband gelegd tussen de invoering van deze procedure en de afschaffing van de voorheen aan Oostenrijkse onderdanen

voorbehouden verklaringsprocedure.[25] In de plaats van een indirecte discriminatie, aldus verzoeker, is dus een — door de letter van de wet mogelijk gemaakte — verkapte discriminatie gekomen.

21. Dit is niet de juiste plaats om vast te stellen of, zoals verzoeker betoogt, „de vereenvoudigde procedure enkel voor Oostenrijkse onderdanen geldt".[26] Iets anders volgt uit de schildering van de rechtssituatie door de verwijzende rechter, volgens wie de vergunningsprocedure thans voor iedereen geldt die in Tirol onroerend goed verkrijgen wil, ongeacht diens nationaliteit. Uit niets valt af te leiden, dat het Oostenrijkse bestuur zich schuldig maakt aan discriminatie door het gebruik van de vereenvoudigde procedure al dan niet toe te staan naargelang de belanghebbende Oostenrijker of onderdaan van een andere lidstaat is. Was dat wel het geval, dan zouden wij uiteraard met een evidente schending van verdragsverplichtingen te doen hebben. Het gaat hier echter om een louter hypothetische mogelijkheid, waarop verzoeker de aandacht heeft gevestigd, maar die in de door de verwijzende rechter beschreven feitelijke en rechtssituatie geen steun vindt. Aan de hand van het dossier van de zaak kan het Hof dus niet beoordelen, of de regeling dan wel de toepassing van de vereenvoudigde procedure indirect discriminerend is.

22. De verwijzende rechter vraagt het Hof voorts, of de in geding zijnde nationale regeling in strijd is met de gemeenschapsbepalingen inzake het vrije verkeer van kapitaal. Op dit punt behoeven wij naar mijn mening niet in te gaan. Een van de twistpunten in het hoofdgeding betreft immers de vermogensrechtelijke aansprakelijkheid van de Republiek Oostenrijk. Om vast te stellen, of aan de voorwaarden voor die aansprakelijkheid — daarover zo meteen — is voldaan, is het voldoende dat inbreuk is gemaakt op de bepalingen inzake de vrijheid van vestiging. Gezien het met betrekking tot dit aspect van de zaak te geven antwoord, is een onderzoek naar de invloed die de bepalingen inzake het vrije kapitaalverkeer op de zaak zouden kunnen hebben, overbodig.

25 — Zie verslagen van de Tiroler Landtag, twaalfde wetgevingsperiode, vierde zitting, zesde vergadering van 3 en 4 juli 1996 (toelichtingen op het regeringsontwerp, opmerkingen bij §§ 11 en 25 TGVG 1996, blz. 13). Op een desbetreffende vraag van het Hof heeft de Oostenrijkse regering verklaard, dat de toelichtingen op wetsontwerpen geen rechtsbron zijn. Zij kunnen slechts interpretatieve waarde hebben wanneer de wetstekst onduidelijk is, wat bij de in geding zijnde bepalingen niet het geval is.

26 — Als bewijs dat, onafhankelijk van de toegepaste procedure, strikt de hand wordt gehouden aan het verbod om tweede woningen in te richten, heeft de Oostenrijkse regering het Hof desgevraagd informatie verstrekt over de sancties die kunnen worden opgelegd indien een onroerend goed voor de verkrijging waarvan vergunning is verleend, vervolgens toch als tweede woning wordt benut. In het bijzonder is een geldboete van 500 000 OS mogelijk (§ 36, lid 6, sub c, TGVG 1996); tevens is voorzien in beperking van de mogelijkheden van gebruik en overdracht van het onroerend goed.

De vermogensrechtelijke aansprakelijkheid van de Republiek Oostenrijk

23. Dan komen wij nu tot het probleem van de aansprakelijkheid. De tweede en de derde vraag houden in, of het Hof in een procedure krachtens artikel 177 van het Verdrag ook kan onderzoeken, of een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is en, zo ja, of dat het geval is bij de eventueel door de Republiek Oostenrijk begane schending.

24. Het eerste onderdeel van de vraag moet naar mijn mening bevestigend worden beantwoord. Wat eigenlijk wordt gevraagd, is of het Hof dan wel de verwijzende rechter moet vaststellen of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht — wat een van de voorwaarden is voor het bestaan van een aanspraak op schadevergoeding tegen een lidstaat die zijn verplichtingen niet is nagekomen.[27] Het antwoord volgt mijns inziens uit de rechtspraak van het Hof. Dit heeft immers herhaaldelijk verklaard, dat het de nationale rechter is die moet vaststellen, of voldaan is aan de voorwaarden voor een vermogensrechtelijke aansprakelijkheid van de lidstaten.[28] Dat is begrijpelijk wanneer men bedenkt, dat in het rechtsstelsel van de Gemeenschap juist de nationale rechterlijke instanties zijn belast met de bescherming van de rechten van particulieren. Dit betekent echter niet, dat het Hof niet zelf de draagwijdte zou kunnen bepalen van de gemeenschapsrechtelijke beginselen en normen die de nationale rechter in het concrete geval moet toepassen. Deze — men zou kunnen zeggen — gecentraliseerde controle is uitsluitend de taak van het Hof; zij hangt samen met 's Hofs opdracht de juiste en eenvormige uitlegging van het gemeenschapsrecht te verzekeren door middel van de voortdurende dialoog tussen de communautaire rechter en de nationale rechterlijke instanties in het kader van het bekende instrument van rechterlijke samenwerking, bestaande in de prejudiciële procedure van artikel 177 van het Verdrag. Enkel het Hof kan dus door een algemeen verbindende uitlegging het ter discussie staande begrip verduidelijken en aldus de grenzen van de „voldoende gekwalificeerde" schending afbakenen, door de voorwaarden te omschrijven waaronder een particulier een aanspraak op schadevergoeding tegen een lidstaat kan doen gelden. Het is ook het Hof dat moet bepalen, hoe die voorwaarden moeten worden opgevat. Het is vervolgens de taak van de nationale rechter om na te gaan, of de bij hem aanhangige zaak aan de door het Hof omschreven criteria voldoet. In geval van twijfel staat

27 — Zie arrest van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 51).

28 — Arrest Brasserie du pêcheur en Factortame (reeds aangehaald, punt 58), waar onder meer wordt overwogen, dat „het Hof zijn beoordeling niet in de plaats kan stellen van die van de nationale rechterlijke instanties, die bij uitsluiting bevoegd zijn om de feiten van de hoofdzaken vast te stellen en de betrokken schendingen van het gemeenschapsrecht te kwalificeren". Het beginsel, dat de nationale rechter moet vaststellen of voldaan is aan de voorwaarden voor een aansprakelijkheid van de staat, is ook bevestigd in gevallen waarin het Hof van oordeel was, dat het over alle nodige gegevens beschikte om de schending te kunnen kwalificeren. Zie arresten van 26 maart 1996, British Telecommunications (C-392/93, Jurispr. blz. I-1631, punt 41), en 17 oktober 1996, Denkavit e.a. (C-283/94, C-291/94 en C-292/94, Jurispr. blz. I-5063, punt 49).

het die rechter uiteraard vrij het Hof nogmaals vragen te stellen, teneinde verdere uitleggingsgegevens te verkrijgen die tot een beslissing in het geding kunnen bijdragen.

25. Van welke aard nu is de schending in verband waarmee de nationale rechter zijn vraag heeft gesteld? Het Hof heeft reeds een aantal aspecten genoemd die de nationale rechter in aanmerking dient te nemen bij zijn onderzoek of een schending „voldoende gekwalificeerd" is. Hiertoe behoren „de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale of gemeenschapsinstanties laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is, de omstandigheid dat de handelwijze van een gemeenschapsinstelling ertoe heeft kunnen bijdragen, dat nationale maatregelen of praktijken in strijd met het gemeenschapsrecht zijn nagelaten, vastgesteld of in stand gelaten. In ieder geval is een schending van het gemeenschapsrecht kennelijk gekwalificeerd, wanneer zij is blijven bestaan in weerwil van de uitspraak van een arrest houdende vaststelling van de verweten nietnakoming, van een prejudiciële beslissing of van een vaste rechtspraak van het Hof ter zake, waaruit blijkt dat de betrokken gedraging de kenmerken van een schending vertoont." [29] Het betreft gevallen waarin, zoals advocaat-generaal Tesauro uiteenzette, de aan het handelen van de staten gestelde grenzen niet precies zijn vastgelegd. [30]

26. In casu moet worden bedacht, dat de gemeenschapsrechtelijke verplichtingen waartegen de Tiroolse bepalingen inzake tweede woningen moeten worden afgezet, moeilijk te omschrijven zijn, daar de zaak gecompliceerd wordt door het — in deze zaak aan het Hof voorgelegde — probleem van de draagwijdte van de afwijkingsregeling van artikel 70 Toetredingsakte. In de omstandigheden van dit geval blijkt de communautaire norm waarop in rechte een beroep is gedaan, echter niet te kunnen worden toegepast met de duidelijkheid en precisie die naar gemeenschapsrecht vereist zijn om voor de betrokken lidstaat een verplichting tot vergoeding van de eventueel door de particulier geleden schade te doen ontstaan. Ook al moeten de nationale bepalingen verdragsconform worden toegepast, de rechtsdwaling die de Republiek Oostenrijk in deze omstandigheden heeft begaan, kan als verschoonbaar worden beschouwd. Dit is voldoende om uit te sluiten, dat de schending van haar verdragsverplichtingen voldoende gekwalificeerd zou zijn.

De vierde vraag

27. Met het antwoord dat ik voor de tweede en de derde vraag heb voorgesteld, wordt de beantwoording van de vierde vraag overbodig.

29 — Arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald (punten 56 e.v.).

30 — Punt 78 van de conclusie.

Conclusie

28. Gelet op al het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de vragen van het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien te beantwoorden als volgt:

„1) Nationale regelingen als het TGVG 1996 vallen niet onder de afwijkingsbepaling van artikel 70 Toetredingsakte. Doordat dergelijke regelingen reeds vóór de inschrijving van het eigendomsrecht in het kadaster de toepassing van een vergunningsprocedure verlangen, kunnen zij de uitoefening van de vrijheid van vestiging belemmeren.

De doelstellingen van ruimtelijke ordening en milieubescherming vormen dwingende vereisten van algemeen belang. Een nationale wettelijke regeling met dergelijke doelstellingen dient te voldoen aan de in 's Hofs rechtspraak geformuleerde criteria: zij moet derhalve op niet-discriminerende wijze van toepassing zijn, geschikt zijn ten opzichte van het beoogde doel en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken.

Eventuele beperkingen van door het Verdrag gewaarborgde vrijheden, voortvloeiend uit een nationale wettelijke regeling die de ruimtelijke ordening en de milieubescherming dient, zijn slechts als evenredig aan te merken, wanneer zij enkel gelden in gebieden waar die vereisten daadwerkelijk dwingend zijn, en het overigens niet mogelijk is die doelen door minder beperkende maatregelen te bereiken.

2) Hoewel in beginsel de nationale rechterlijke instanties moeten vaststellen,

en 3) of voldaan is aan de voorwaarden voor het bestaan van een schadevergoedingsplicht van een lidstaat, is het de taak van het Hof de beginselen te verduidelijken op basis waarvan die voorwaarden moeten worden bepaald.

Een schending kan niet als voldoende gekwalificeerd worden beschouwd wanneer de betrokken gemeenschapsbepalingen niet voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn."