



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Notaris en de prejudiciële vraag

Pannebakker, E.S.; Waaijer, H.; Castermans, A.G.; IJsebrands, M.; Krans, H.B.; Rijen, M.
van

Citation

Pannebakker, E. S., & Waaijer, H. (2022). Notaris en de prejudiciële vraag. In A. G. Castermans, M. IJsebrands, H. B. Krans, & M. van Rijen (Eds.), *Parels aan de kroon. Het bouw- en aanbestedingsrecht en het familievermogensrecht op de bogen van het 30-jarige BW* (pp. 161-170). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3655991>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3655991>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Notaris en de prejudiciële vraag

Ekaterina Pannebakker & Heleen Waaijer

1. Inleiding

De notaris vervult een belangrijke functie in de Nederlandse rechtsstaat. Een notaris is een juridisch adviseur, een onafhankelijke functionaris die alle belangen van de betrokkenen afweegt, op zoek naar een balans. Via de notaris kunnen burgers belangrijke aangelegenheden regelen. De notaris adviseert en uiteindelijk volgt een ondertekende notariële akte waarin de afspraken en andere rechtshandelingen zijn vastgelegd. Dit rechtsgeldige document geeft later houvast als er conflicten ontstaan of als er wijzigingen plaatsvinden.

De notaris zorgt dus voor rechtsbescherming en rechtszekerheid en is derhalve belangrijk in een rechtsstaat, maar is de rol van de notaris anno 2022 niet zodanig veranderd dat deze meer bevoegdheden zou moeten hebben? In de beschikking OKR van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) van 1 september 2021 twijfelt een Poolse notaris over de uitleg van de Erfrechtverordening en legt een prejudiciële vraag voor aan het HvJ. De notaris heeft op grond van de Erfrechtverordening (hierna: Erfrechtverordening) geweigerd om een notarieel testament op te maken voor OKR (een Oekraïens staatsburger die in Polen woont) dat een beding bevat op grond waarvan het Oekraïense recht van toepassing zou zijn op de erfopvolging.¹ OKR is vervolgens in beroep gegaan. De notaris geeft aan dat om het weigeringsbesluit te kunnen controleren er prejudiciële vragen gesteld moeten worden aan het HvJ over de uitleg van het Unierecht.² Kan dit? Behoort dit tot de bevoegdheden van de notaris?

Als we het over de belangrijke functie en de uiteenlopende bevoegdheden van de notaris hebben, komen we natuurlijk bij Tea Mellema uit. Als iemand mee kan praten over de diverse taken die een notaris heeft, dan is zij het wel. Tea is werkzaam als notaris. Zij adviseert over nationale en internationale vraagstukken op het gebied van het huwelijksvermogens- en erfrecht.

Tea is dus gespecialiseerd in het erfrecht, en dan met name op het gebied van de legitieme portie, omdat zij in 1988 op dat onderwerp is gepromoveerd. Tea is werkzaam geweest als hoogleraar Familievermogensrecht. Hiernaast is Tea rechter-plaatsvervanger en (hoofd)redacteur van diverse vakbladen, waaronder het Tijdschrift Erfrecht en Juridische berichten voor het Notariaat, en zij heeft aan

¹ Verordening (EU) nr. 650/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de bevoegdheid, toepasselijke recht, erkenning en tenuitvoerlegging beslissingen op het gebied van erfopvolging, alsmede instelling Europese erfrechtverklaring, *PbEU* 2012, L 201. Zie ook de Uitvoeringswet Verordening erfrecht, *PbEU* 2012, L 201.

² HvJ EU 1 september 2021, ECLI:EU:C:2021:751, C-387/20 (OKR).

meerdere handboeken meegewerkt. Tea heeft veel gepubliceerd over het erfrecht, in eerste instantie met name over de legitieme portie, maar later ook over het oude en nieuwe erfrecht. Zij geeft ook advies over het huidige erfrecht en de wijziging daarvan. Tea is bekend met het internationale huwelijksvermogens- en erfrecht. Zo publiceerde zij in 2018 een artikel ‘De Europese huwelijksvermogensrechtverordening in de notariële praktijk. Waar moet de notaris op letten?’³ Tea heeft ook gepubliceerd over het onderwerp van onze bijdrage, namelijk de Erfrechtverordening.⁴ Tea vervult dus vele functies en heeft verschillende rollen, zowel als hoogleraar, notaris, onderzoeker en rechter.

In deze bijdrage zal de focus gelegd worden op de rollen notaris en rechter. Onlangs werden een drietal prejudiciële vragen aan het HvJ voorgelegd, waarbij het om de positie van de notaris in de Erfrechtverordening gaat.⁵ Ook in de literatuur hebben deze vragen aandacht gekregen.⁶ In onze bijdrage zal de beschikking in OKR centraal staan. Aan de hand van de vragen die deze beschikking oproept zal antwoord worden gegeven op de volgende vraag: Mag een notaris uit een lidstaat een prejudiciële vraag over de uitleg van de Erfrechtverordening voorleggen aan het HvJ? Allereerst zal de Erfrechtverordening en haar geadresseerden aan bod komen (par. 2). Vervolgens zal ingegaan worden op het begrip ‘gerecht’ (par. 3). Hierna zal het begrip ‘rechterlijke instantie’ ex. artikel 267 VWEU besproken worden (par. 4). Er zal worden afgesloten met een conclusie (par. 5).

2. Erfrechtverordening en haar geadresseerden

De Erfrechtverordening harmoniseert het internationaal privaatrecht op het gebied van erfopvolging met grensoverschrijdende gevolgen. De verordening voorziet ook in de mogelijkheid van een Europese verklaring van erfrecht, zodat het grensoverschrijdend afwikkelen van erfopvolging kan worden vergemakkelijkt.⁷ De

3 T.J. Mellema-Kranenburg & D. van den Hoonaard, ‘De Europese huwelijksvermogensrechtverordening in de notariële praktijk. Waar moet de notaris opletten?’, *WPNR* 2018/7216, p. 907-913.

4 T.J. Mellema-Kranenburg, ‘De Europese Erfrechtverordening’, *TvAR* 2015/9, p. 454-455; T.J. Mellema-Kranenburg, ‘Welke notaris is bevoegd een Europese erfrechtverklaring af te geven’, *REP* 2015/489, p. 29-32.

5 HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 (WB); HvJ EU 16 juli 2020, C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569 (E.E.); HvJ EU 1 September 2021, C-387/20, ECLI:EU:C:2021:751 (OKR).

6 A.L.G.A. Stille, ‘Is een notaris een gerecht?’, in: F. Ibili, A.N. Labohm & B.E. Reinhartz (red.), *Van notariaat tot rechtspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, par. 14.3; M.H. ten Wolde, annotatie bij HvJ EU 16 juli 2020, C 80/19, ECLI:EU:C:2020:569, *NIPR* 2020/3, p. 447-452; M. Zilinsky, ‘Afgifte van een nationale erfrechtverklaring en de EU-Erfrechtverordening’, *WPNR* 2018/7208.

7 De Erfrechtverordening is van toepassing op de erfopvolging van een erflater die op of na 17 augustus 2015 is overleden (art. 83).

harmonisatie van het internationaal privaatrecht op het gebied van het erfrecht is echter geen eenvoudige taak voor de Europese Unie. De wijze waarop erfopvolging met grensoverschrijdende gevolgen wordt afgehandeld verschilt immers aanzienlijk per lidstaat.⁸ Vanwege het feit dat in de lidstaten verschillende autoriteiten bij de afwikkeling betrokken zijn en om die verscheidenheid te eerbiedigen,⁹ heeft de wetgever de Erfrechtverordening niet alleen aan de rechterlijke macht gericht, maar ook aan de notarissen, de griffies en aan alle andere autoriteiten die in een lidstaat de erfopvolging afhandelen. Deze autoriteiten zijn allen gebonden aan de regels van de Erfrechtverordening onder de voorwaarden die in de verordening zijn omschreven. Uit de considerans van de Erfrechtverordening (onder 21) blijkt dat het antwoord op de vraag ‘of notarissen in een bepaalde lidstaat aan de bevoegdheidsregels van de verordening gebonden zijn’, afhangt van de vraag of zij onder het begrip ‘gerecht’ in de zin van deze verordening vallen. Hierna wordt ingegaan op het begrip ‘gerecht’ zoals bedoeld in de Erfrechtverordening en op de criteria die het HvJ toepast om te bepalen of de notaris onder dit begrip valt.

3. Gerecht

Autonoom begrip

Krachtens artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening wordt onder het begrip ‘gerecht’ verstaan:

‘elke gerechtelijke autoriteit en alle andere autoriteiten en juridische beroepsbeoefenaren met bevoegdheid in een erfrechtzaak, die rechterlijke functies vervullen of handelen krachtens volmacht van, of onder toezicht van, een gerechtelijke autoriteit, voor zover dergelijke autoriteiten en juridische beroepsbeoefenaren waarborgen bieden wat betreft onpartijdigheid en het horen van partijen, en voor zover hun beslissingen overeenkomstig het recht van de lidstaat waar zij gevestigd zijn:

- a) vatbaar zijn voor een rechtsmiddel ten overstaan van een gerechtelijke autoriteit of voor toetsing door een zodanige autoriteit, en*
- b) dezelfde rechtskracht en dezelfde werking hebben als een beslissing van een gerechtelijke autoriteit over dezelfde aangelegenheid.’¹⁰*

Deze definitie dient in de gehele Europese Unie op eenvormige wijze als autonoom begrip te worden uitgelegd, waarbij rekening moet worden gehouden ‘met de bewoordingen van de bepaling’, ‘de context van deze bepaling en de

⁸ Zie onder andere P.A.M. Lokin, *Grensoverschrijdende erfopvolging. Behoud van nationale conflictenrechtelijke waarden in de nieuwe Europese regelgeving*, diss. Universiteit Utrecht, 2012; E. Goossens, *De Europese erfrechtverklaring*, Intersentia 2016.

⁹ Considerans Erfrechtverordening, punt 20.

¹⁰ Cursivering toegevoegd.

doelstelling van de betrokken regeling'.¹¹ Voor de uitleg van autonome begrippen dienen de considerans en de *travaux préparatoires*¹² dan ook als primair referentiekader.

De considerans (onder 20) geeft de bedoeling van de wetgever aan betreffende het gebruik van het ruime begrip 'gerecht'. In sommige lidstaten voeren notarissen gerechtelijke taken in erfrechtkwesies uit. Dat doen ze hetzij 'net zoals gerechten' 'in de werkelijke betekenis van het woord', hetzij 'krachtens een door een gerecht gegeven volmacht of onder toezicht van een gerechtelijke autoriteit'.¹³ Op basis van de Erfrechtverordening kunnen notarissen die gerechtelijke functies uitvoeren dus verplicht zijn om de bevoegdheidsregels van de verordening toe te passen. In de considerans (onder 20) wordt echter opgemerkt dat in de meeste lidstaten notarissen geen gerechtelijke taken uitvoeren en dat ze meestal buiten het begrip 'gerecht' vallen.

In de considerans (onder 20 en 21) wordt ook de rol van het begrip 'gerecht' in het systeem van de verordening verduidelijkt. Als er sprake is van een beslissing die door een 'gerecht' is genomen, dan zijn dit gerechtelijke beslissingen. Gerechtelijke beslissingen worden in de lidstaten ten uitvoer gelegd op grond van hoofdstuk IV Erfrechtverordening. 'Gerechten' zijn derhalve gebonden aan de bevoegdheidsregels van de Erfrechtverordening. Andere autoriteiten dan gerechten zorgen voor de vastlegging van rechtshandelingen en rechtsbetrekkingen in authentieke akten. De grensoverschrijdende aanvaarding van deze authentieke akten wordt geregeld in hoofdstuk V Erfrechtverordening.¹⁴

Vanwege het feit dat het begrip 'gerecht' ruim is geformuleerd, ontstond er in de Nederlandse literatuur een discussie over de vraag of de bevoegdheidsregels van hoofdstuk IV Erfrechtverordening ook voor notarissen gelden.¹⁵ Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, zou de inwerkintreding van de Erfrechtverordening een negatief effect hebben op het notariaat in de EU, omdat notarissen zich vaker onbevoegd zouden moeten verklaren. Aan deze discussie kwam een einde door het arrest *WB*.¹⁶ In deze zaak werden door een Poolse rechter prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ in het kader van een procedure die *WB* heeft ingesteld tegen een Poolse notaris, opdat de notaris haar een afschrift van een erfrecht-

¹¹ HvJ EU 21 juni 2018 C-20/17, EU:C:2018:485 (*Oberle*), r.o. 33; HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17 ECLI:EU:C:2019:444 (*WB*), r.o. 50.

¹² Van belang is het rechtsvergelijkend rapport van het Deutsches Notarinstitut in samenwerking met H. Dörner en P. Lagarde, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne, Rapport Final: Synthèse et Conclusions*, 18 septembre/8 novembre 2002, https://overseaschambers.com/media/40038/dnoti%20report%20testaments_successions_fr.pdf. Voor nadere verwijzingen zie *Asser/Vonken & Ibili* 10-II 2021/ 778.

¹³ Zie ook de considerans, punt 27.

¹⁴ Zie ook HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1239, *NJ* 2019/333.

¹⁵ Over de discussie zie Stille 2020.

¹⁶ HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 (*WB*). Zie ook M.H. ten Wolde, annotatie bij HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, *NIPR* 2019/3, p. 570-577.

verklaring zou geven. De prejudiciële vragen betroffen met name de vraag of notarissen als gerecht kunnen worden aangemerkt en of notariële akten aangemerkt kunnen worden als gerechtelijke beslissingen of als authentieke akten. Het HvJ redeneerde in twee stappen. Ten eerste stelde het HvJ aan de hand van de criteria uit artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening vast dat de activiteiten van de notaris in casu buiten het begrip ‘gerecht’ vielen. Vervolgens oordeelde het HvJ dat een notaris die buiten het begrip ‘gerecht’ valt en een nationale verklaring van erfrecht afgeeft niet hoeft te bepalen of aan hem bevoegdheid op grond van de bevoegdheidsregels van de Erfrechtverordening toekomt. Verder wordt de nationale erfrechtverklaring als een authentieke akte en niet als een gerechtelijke beslissing worden grensoverschrijdend aanvaard.

Kennisgeving over de taken van de notaris in de lidstaten

Naast de definitie van het begrip ‘gerecht’ bepaalt artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening dat de lidstaten de Europese Commissie moeten laten weten welke autoriteiten in die lidstaat gerechtelijke taken uitvoeren en daarmee onder het begrip ‘gerecht’ vallen. De Commissie houdt een lijst van die autoriteiten bij en publiceert deze lijst op de website van het Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken, oftewel *e-Justice Portal*.¹⁷

Artikel 79 Erfrechtverordening biedt echter geen oplossing voor de gevallen dat deze kennisgeving ontbreekt of deze niet nauwkeurig is. In de praktijk doet dit probleem zich voor. De meeste lidstaten, waaronder Nederland, hebben aangegeven dat enkel de rechterlijke macht onder de definitie van artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening valt en dat geen andere autoriteiten gerechtelijke taken uitvoeren.¹⁸ Een aantal landen heeft geen informatie verstrekt.¹⁹ Finland en Zweden hebben een aantal nationale autoriteiten aangewezen die gerechtelijke taken uitvoeren. Tsjechië, Spanje en Portugal hebben een aantal functies aangegeven waarin de notarissen handelen als gerecht onder de Erfrechtverordening. De mededelingen van Griekenland, Letland, Hongarije en Kroatië betreffende notarissen zijn niet helemaal duidelijk.²⁰

Wat is de juridische status van de kennisgeving uit artikel 79 Erfrechtverordening? Heeft de kennisgeving een constitutief of een louter informatief karakter? Deze vragen stonden centraal in het arrest *WB*. Het HvJ oordeelde dat de criteria uit artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening doorslaggevend zijn.²¹ Met de kennisgeving kan

¹⁷ Art. 79 lid 3 en lid 4 Erfrechtverordening. Zie https://ejustice.europa.eu/content_european_judicial_network_in_civil_and_commercial_matters-21-en.do.

¹⁸ Bulgarije, Estland, Nederland, Oostenrijk, Slovenië.

¹⁹ België, Litouwen, Italië, Luxemburg, Malta.

²⁰ Zie kritisch daarover M. Wilderspin, ‘The Notion of “Court” under the Succession Regulation’, *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego* 2020/26, p. 45-56 <https://journals.us.edu.pl/index.php/PPPM/article/view/10408>, p. 53.

²¹ HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 (*WB*).

wel rekening worden gehouden, maar als de lidstaten eenzijdig zouden kunnen bepalen of een notaris onder het begrip ‘gerecht’ valt, zou dit volgens het HvJ onverenigbaar zijn met de considerans (onder 21).²²

Toetsing

Hoe toetst het HvJ aan de autonome criteria uit artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening? In het arrest *WB* overwoog het HvJ dat de uitoefening van een rechterlijke functie de bevoegdheid inhoudt om op ‘eigen gezag de eventuele geschilpunten tussen de betrokken partijen te beslechten’.²³ Aan deze voorwaarde is volgens het HvJ niet voldaan wanneer de bevoegdheid van de betrokken beroepsbeoefenaar louter afhangt van de wil van partijen, zoals in het geval van de notaris in het arrest *WB*.²⁴ Uit de Poolse wet bleek verder dat de notaris notariële activiteiten op eensluidend verzoek van de belanghebbenden uitvoert. In geval van onenigheid tussen de partijen staat het hen vrij om het geschil aan de rechter voor te leggen. Tenslotte merkte het HvJ op dat in casu de notaris een vrij beroep is ‘waarbij hun hoofdactiviteit erin bestaat verschillende diensten te leveren tegen een met de partijen met inachtneming van een tarieflijst overeengekomen vergoeding’.²⁵ Dergelijke activiteiten kunnen niet worden beschouwd als uitoefening van een rechterlijke functie.²⁶

In het arrest *E.E.* kwam een vergelijkbare vraag aan bod als in het arrest *WB*.²⁷ De verwijzende Litouwse rechter wilde van het HvJ vernemen of de Litouwse notarissen als ‘gerecht’ kunnen worden beschouwd wanneer zij een nationale erfrechtverklaring afgeven. Het HvJ oordeelde dat het in beginsel aan de nationale rechter is om de criteria van artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening toe te passen. Het HvJ voegde hieraan toe dat krachtens artikel 1 van de Litouwse wet op het notarisambt notarissen bevoegd zijn om ‘onbetwiste subjectieve rechten rechtens vast te stellen’.²⁸ Zij hebben echter niet de bevoegdheid ‘om onduidelijke of niet-evidente feitelijke elementen vast te stellen of zich uit te spreken over betwiste feiten’.²⁹ Het HvJ concludeerde ten overvloede: ‘aldus moet worden geoordeeld, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, dat de afgifte van nationale erfrechtverklaringen door Litouwse notarissen niet de uitoefening van gerechtelijke taken met zich meebrengt’.³⁰

²² HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444, (*WB*), r.o. 44.

²³ HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 (*WB*), r.o. 55.

²⁴ HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 (*WB*), r.o. 55 en 56.

²⁵ HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 (*WB*), r.o. 60.

²⁶ HvJ EU 23 mei 2019, C-658/17, ECLI:EU:C:2019:444 (*WB*), r.o. 61.

²⁷ HvJ EU 16 juli 2020, C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569 (*E.E.*).

²⁸ HvJ EU 16 juli 2020, C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569 (*E.E.*), r.o. 46.

²⁹ HvJ EU 16 juli 2020, C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569 (*E.E.*), r.o. 53.

³⁰ HvJ EU 16 juli 2020, C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569 (*E.E.*), r.o. 54.

Uit de beschikking *OKR* die in de inleiding van deze bijdrage is geschetst, blijkt ook dat notarissen buiten het begrip ‘gerecht’ vallen en werd de betreffende notaris als ‘kennelijk niet-ontvankelijk’ bestempeld naar aanleiding van het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ. Daarbij zijn de criteria van artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening echter niet de enige toets die het HvJ uitvoerde. Het HvJ overwoog ook dat ‘het in artikel 3, lid 2, van de Erfrechtverordening gedefinieerde begrip een ruimere betekenis heeft dan het gelijkaardige begrip dat in artikel 267 VWEU wordt bedoeld.’³¹ Uit deze overweging blijkt dat de vraag of een notaris een prejudiciële vraag over de uitleg van de Erfrechtverordening aan het HvJ mag voorleggen niet uitsluitend aan de hand van de verordening zelf kan worden beantwoord. De notaris dient namelijk ook als ‘rechterlijke instantie’ ex. artikel 267 VWEU te worden gekwalificeerd.³² In de volgende paragraaf zal dit aan bod komen.

4. Rechterlijke instantie ex. artikel 267 VWEU

Krachtens artikel 267 VWEU neemt het HvJ prejudiciële beslissingen op verzoek van een ‘rechterlijke instantie van een der lidstaten’. Het VWEU geeft echter niet aan welke instanties prejudiciële vragen mogen stellen. Wanneer een prejudiciële vraag bij het HvJ wordt ingediend, toetst het HvJ niet ambtshalve of de verwijzende autoriteit daartoe bevoegd is. Dat doet het HvJ uitsluitend indien deze vraag opgeworpen is tijdens de procedure of indien het HvJ zelf daarover twijfelt. Niettemin bestaat er een aanzienlijke jurisprudentie die het HvJ met betrekking tot artikel 267 VWEU heeft opgebouwd. Daaruit blijkt dat rechterlijke instantie een autonoom, Unierechtelijk begrip is.³³ In een overzicht van deze jurisprudentie merkte de advocaat-generaal Sharpston op dat bij de uitleg verschillende afwegingen een rol kunnen spelen. Volgens Sharpston heeft het HvJ bij de uitleg van het begrip rechterlijke instantie ‘wijselijk gelaveerd tussen mediterrane formalisme en anglo-scandinavische informaliteit.’³⁴ Het HvJ beoordeelt of de verwijzende autoriteit als rechterlijke instantie kan worden gekwalificeerd aan de hand van de volgende gezichtspunten. De verwijzende instantie dient een entiteit te zijn die is ingesteld krachtens de wet.³⁵ Entiteiten die bijvoorbeeld door een arbitrageovereenkomst tot stand zijn gebracht, vallen dan ook in beginsel buiten artikel 267 VWEU.³⁶ Daarnaast dient de

³¹ HvJ EU 1 september 2021, C-387/20, ECLI:EU:C:2021:751 (*OKR*), r.o. 31.

³² Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, *PbEU* 206, C202, geconsolideerde versie.

³³ M. Broberg & N. Fenger, *Broberg and Fenger on Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford: OUP, 2021, p. 43.

³⁴ Conclusie van A-G E. Sharpston van 20 september 2012, C-363/11, ECLI:EU:C:2012:584, punt 32.

³⁵ HvJ EU 21 januari 2020, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17 (*Banco de Santander*) AB2020/191, m.nt. P.M. van den Eijnden (*Banco de Santander*), r.o. 51.

³⁶ HvJ EU 13 december 2018, C-370/18, ECLI:EU:C:2018:1011 (*Holunga*), r.o. 15.

bevoegdheid van de verwijzende autoriteit een permanent karakter te hebben.³⁷ De verwijzende instantie dient ook onafhankelijk geschillen te kunnen beslechten. Het HvJ kent aan dit gezichtspunt een aanzienlijk gewicht toe, in het bijzonder wanneer de verwijzende autoriteit geen onderdeel uitmaakt van de rechterlijke macht in de lidstaat, e.g. de rechtbanken, de hoven en het hoogste gerecht.³⁸ Indien de verwijzende autoriteit daar wel deel van uitmaakt, acht het HvJ haar in beginsel bevoegd om prejudiciële vragen te stellen. Echter, het enkele feit dat een entiteit op grond van de nationale wetgeving als gerecht wordt aangeduid, betekent niet automatisch dat deze ook een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU is.³⁹ Daarnaast bekijkt het HvJ of de verwijzende instantie uitspraak na een procedure op tegenspraak kan doen. Voor het HvJ is dit een belangrijke, maar niet noodzakelijke karakteraanwijzing van een rechterlijke instantie.⁴⁰ De verwijzende autoriteit dient ook haar uitspraken op de wet te baseren.⁴¹ Voorts dient de autoriteit de hoedanigheid van derde te hebben ten opzichte van de autoriteit die het litigieuze besluit waartegen wordt opgekomen, heeft genomen. Autoriteiten die zelf verweerder worden in een procedure waarbij een hoger beroep wordt ingesteld tegen hun eigen beslissing, worden door het HvJ minder snel als rechterlijke instantie beschouwd.⁴² De bevoegdheid van de verwijzende autoriteit dient ook bindend te zijn voor de partijen. Het gaat hierbij om de vraag of partijen door de wet verplicht zijn om zich tot de verwijzende autoriteit te wenden en dat deze procedure niet het karakter van een administratief bezwaar heeft.⁴³ Aan de hand van deze gezichtspunten heeft het HvJ geoordeeld in de beschikking OKR dat de Poolse notaris niet als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU kan worden gekwalificeerd. Alhoewel het HvJ het verzoek als ‘kennelijk niet-ontvankelijk’ heeft bestempeld, doet het HvJ dit niet lichtvaardig. Het HvJ heeft, om de criteria te kunnen toetsen, een verzoek om inlichtingen gestuurd naar de betreffende notarieel medewerker ‘om een aantal zaken betreffende zijn functie in het kader van het hoofdgeding te verduidelijken teneinde vast te stellen of hij in casu onder de hoedanigheid van “rechterlijke instantie” in de zin van artikel 267 VWEU valt’. Het HvJ laat de notaris dus enigszins in de procedure interveniëren, al is het slechts in de vorm van beantwoording van gerichte

37 HvJ EU, 13 februari 2014, C-555/13, ECLI:EU:C:2014:92 (*Merck Canada*), r.o. 24.

38 HvJ EU 21 januari 2020, C-274/14, ECLI:EU:C:2020:17 (*Banco de Santander*) AB2020/191, m.nt. P.M. van den Eijnden (*Banco de Santander*), r.o. 57 en 58; HvJ EG 30 juni 1966, C-61/65, ECLI:EU:C:1966:39 (*Vaassen-Göbbels*); HvJ EG 31 mei 2005, C-53/03, ECLI:EU:C:2005:333 (*Syfait*), r.o. 29.

39 HvJ EG 30 maart 1993, ECLI:EU:C:1997:163, C-24/92 (*Corbiau*), r.o. 15.

40 HvJ EU 25 april 2018, C-102/17, ECLI:EU:C:2018:294 (*Secretaria Regional de Saúde dos Açores*), r.o. 30; HvJ EG 29 november 2001, C-17/00, ECLI:EU:C:2001:651 (*De Coster*), r.o. 10.

41 HvJ EG 27 april 1994, C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171 (*Gemeente Almelo*), r.o. 23.

42 HvJ EU 25 april 2018, C-102/17, ECLI:EU:C:2018:294 (*Secretaria Regional de Saúde dos Açores*), r.o. 32.

43 HvJ EU 6 oktober 2015, C-203/14, ECLI:EU:C:2015:664 (*Consorti Sanitari del Maresme*), r.o. 22-25; HvJ EU 12 juni 2014, C-377/13, ECLI:EU:C:2014:1754 (*Ascendi Beiras Litoral e Alta*), r.o. 27-29.

vragen.⁴⁴ Aan de hand van deze inlichtingen heeft het HvJ vervolgens geoordeeld. Hoewel de notaris aan een aantal vereisten voldoet, zoals het permanente karakter en de wettelijke basis, is de Poolse notaris geen rechterlijke instantie onder het VWEU.⁴⁵ Waarschijnlijk zal door het HvJ op dezelfde wijze zijn geoordeeld als dit een Nederlandse notaris was geweest. Een Nederlandse notaris kan namelijk geen geding beslechten en geen beslissing nemen die de kenmerken van een rechterlijke uitspraak vertoont.⁴⁶ Een notaris dient partijen te adviseren en de gevraagde notariële akten op te stellen en te beoordelen. Indien de notaris van mening is dat de akte in strijd is met het recht, zal deze niet worden opgesteld en kan de partij naar de rechter gaan. Het weigeringsbesluit van de notaris kan niet worden gezien als een rechterlijke uitspraak. De notaris zal vervolgens in een rechterlijke procedure ook niet als derde kunnen worden aangemerkt, maar als partij.⁴⁷ Een notaris is ons inziens derhalve geen rechterlijke instantie in de zin van artikel 267 VWEU.

5. Slot

Mag een notaris in een lidstaat nou een prejudiciële vraag over de uitleg van de Erfrechtverordening voorleggen aan het HvJ? Het antwoord op deze vraag is nog niet zo eenvoudig. Refererend aan de rechtspraak van het HvJ, waaronder *OKR*, is het nog niet zo gemakkelijk om te zeggen of een notaris onder het begrip ‘gerecht’ valt en derhalve prejudiciële vragen mag stellen.

Allereerst heeft iedere lidstaat een nationaal begrip van wat onder ‘gerecht’ valt. Hiernaast bestaat er het autonome begrip ‘gerecht’ in de Erfrechtverordening. Een notaris kan onder dit brede, autonome begrip ‘gerecht’ vallen. Dat wordt bepaald op basis van de criteria uit artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening. Hiernaast wordt rekening gehouden met de kennisgeving van de lidstaten zelf over of een notaris onder het nationale begrip ‘gerecht’ valt (artikel 3 lid 2 en artikel 79 Erfrechtverordening). De lidstaten hebben zelf invloed op welke instanties zij als ‘gerecht’ bestempelen. De toetsing aan de hand van de criteria uit artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening kan potentieel twee uitkomsten opleveren. Een notaris kan buiten het begrip ‘gerecht’ vallen. Dit zal het geval zijn in de meeste lidstaten, waaronder hoogstwaarschijnlijk Nederland. De andere mogelijkheid is dat de notaris in de lidstaat een gerechtelijke taak uitvoert en daarmee een ‘gerecht’ in de zin van de Erfrechtverordening is. Mogelijk kunnen een aantal taken die de Tsjechische, Spaanse en Portugese notarissen en de Finse en Zweedse executeurs uitvoeren als

⁴⁴ HvJ EU 1 september 2021, C-387/20, ECLI:EU:C:2021:751 (*OKR*), r.o. 14.

⁴⁵ HvJ EU 1 september 2021, C-387/20, ECLI:EU:C:2021:751 (*OKR*), r.o. 15-17.

⁴⁶ Zie onder andere *Wna*.

⁴⁷ Als er sprake is van een situatie waarin er een rechterlijke procedure is gestart in Nederland en de notaris partij is dan kan de notaris aan de rechter verzoeken om vragen te stellen aan de Hoge Raad (artikel 392 Rv).

gerechtelijke taken worden bestempeld. De vraag of deze instanties voldoen aan alle criteria van artikel 3 lid 2 Erfrechtverordening behoeft echter nader onderzoek. Hoewel een notaris potentieel onder het begrip 'gerecht' in de Erfrechtverordening kan vallen, is het begrip 'gerecht' uit de Erfrechtverordening niet gelijk aan de term 'rechterlijke instantie' in artikel 267 VWEU. Artikel 267 VWEU is leidend voor de vraag wie een prejudiciële vraag mag stellen aan het HvJ. Artikel 267 VWEU bepaalt dus eigenlijk of een notaris een prejudiciële vraag mag stellen. Het antwoord op de vraag of een notaris onder het begrip 'gerecht' onder de Erfrechtverordening valt, verschaft derhalve niet automatisch duidelijkheid over de bevoegdheid van de notaris om een prejudiciële vraag aan het HvJ voor te leggen. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand de gezichtspunten van artikel 267 VWEU, zoals uitgelegd in de rechtspraak van het HvJ.

Je zit dan dus eigenlijk vast in een cirkel. Het feit dat een notaris niet onder het begrip 'rechterlijke instantie' valt op grond van artikel 267 VWEU is beslissend. Een notaris mag derhalve over het algemeen geen prejudiciële vragen stellen, ook al zou deze notaris misschien onder het nationale recht of de Erfrechtverordening wel als 'gerecht' worden bestempeld. In het kader van de rechtsstaat, rechtszekerheid en rechtsbescherming is dit een probleem, omdat als gevolg van deze cirkelredenering het niet mogelijk is om antwoord te krijgen op belangrijke juridische vragen. Aan de andere kant zitten aan het stellen van prejudiciële vragen door notarissen een aantal haken en ogen, zowel vanuit het perspectief van de (over)belasting van de rechtspraak als van de rechtsstaat. Stel dat alle notarissen uit alle lidstaten prejudiciële vragen mogen stellen dan is er een gevaar dat het HvJ overbelast wordt. Daarnaast gaat een notaris die prejudiciële vragen stelt aan het HvJ enigszins op de stoel van de rechter zitten. Het is maar zeer de vraag of dit te rijmen valt met de rollen van de notaris en de rechterlijke macht in de rechtsstaat. Duidelijk is in ieder geval dat Tea, mocht zij hier in haar rol als notaris ooit mee te maken krijgen, waarschijnlijk geen prejudiciële vragen kan stellen aan het HvJ. Gelukkig heeft Tea nog zo veel andere mooie functies en rollen dat zij de rechtsstaat toch wel dient.