FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT D. RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 5. marts 2009 [1]

I — Indledning

1. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier (førsteinstans- og forundersøgelsesdomstol nr. 5 i San Javier, Spanien) har forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets forordning (EF) nr. 1348/2000 af 29. maj 2000 om forkyndelse i medlemsstaterne af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager [2]. Retten er i tvivl om fællesskabsdefinitionen af »udenretsligt dokument« i henhold til nævnte forordning. Usikkerheden er opstået i forbindelse med en række private breve, som via notar er blevet fremsendt til domstolene i San Javier med henblik på efterfølgende forkyndelse i Det Forenede Kongerige.

2. Domstolen har således mulighed for at afklare nogle vigtige og forskelligartede retlige kontroverser. For det første er der tvist om realitetsbehandlingen, idet den forelæggende ret hævder at være retten i sidste instans i overensstemmelse med artikel 68 EF. Kommissionen deler ikke denne opfattelse, hvorfor Domstolen er nødt til at udtale sig om, hvorledes retspraksis fra Lyckeskog-dommen [3] finder anvendelse på den nævnte bestemmelse, uden at der i øvrigt findes fortilfælde på området. For det andet, og såfremt det bekræftes, at den forelæggende ret fungerer som sidste instans, skal det afklares, om der er grundlag for at forelægge det præjudicielle spørgsmål. Da der er tale om forkyndelse af udenretslige dokumenter i en udenretslig kontekst, er det ikke oplagt, at der foreligger en egentlig tvist. Følgelig er det nødvendigt at analysere retspraksis fra Job Centre-dommen [4], tilpasset omstændighederne i nærværende sag. For det tredje er det materielle spørgsmål særdeles interessant, fordi det giver anledning til at tage stilling til et af de mest tvetydige aspekter i forordning nr. 1348/2000, nemlig begrebet »udenretsligt dokument«.

II — Faktiske omstændigheder

3. Den 23. oktober 2007 oprettede Roda Golf & Beach Resort SL (herefter »Roda Golf«), som er et selskab med hjemsted i San Javier, et forkyndelses- og påkravsdokument via notar med begæring om levering af 16 skrivelser til en række modtagere i Det Forenede Kongerige via dommerkontoret for førsteinstans- og

1 — Originalsprog: spansk.
2 — Forordning (EF) af 29.5.2000 (EFT L 160, s. 37).
3 — Dom af 4.6.2002, sag C-99/00, Lyckeskog, Sml. I, s. 4839.
4 — Dom af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361.

forundersøgelsesdomstolene i San Javier og i medfør af forordning (EF) nr. 1348/2000.

4. Skrivelserne indeholdt en ophævelse af en aftale om salg af fast ejendom, som var indgået med hver enkelt modtager.

5. Den 2. november samme år mødte notaren op hos justitssekretæren for den nævnte ret, til hvem han afleverede forkyndelsesmeddelelse vedrørende notarialdokumentet sammen med originalversionerne af de 16 skrivelser.

6. Den forelæggende rets justitssekretær traf den 29. november 2007 en afgørelse om foranstaltninger, hvori forkyndelsen af skrivelserne blev afslået. Han forklarede, at forordning nr. 1348/2000 kun vedrører forkyndelse af udenretslige dokumenter i de tilfælde, hvor der foreligger et verserende søgsmål, hvilket ikke var tilfældet i nærværende sag. Da det således blev vurderet, at anmodningen lå uden for nævnte forordnings anvendelsesområde, blev Roda Golfs anmodning ikke imødekommet.

7. Den 13. december 2007 anlagde Roda Golf sag til prøvelse ved Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier i henhold til artikel 224 i Ley de Enjuiciamiento Civil (retsplejeloven for civile sager). I forbindelse med behandlingen af sagen om prøvelse af justitssekretærens afgørelse opstod der for retten tvivl om fortolkningen af forordning (EF) nr. 1348/2000, som er en væsentlig faktor for at imødekomme Roda Golfs anmodning. Retten har derfor udsat hovedsagen og forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål under henvisning til artikel 68 EF, jf. artikel 234 EF.

III — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsbestemmelser*

8. I EF-traktatens afsnit IV gives institutionerne beføjelse til at gennemføre politikker i forbindelse med den frie bevægelighed for personer. I forbindelse med nærværende præjudicielle sag er det hensigtsmæssigt at fremhæve følgende bestemmelser:

»Artikel 65

Foranstaltninger vedrørende samarbejde om civilretlige spørgsmål med grænseoverskridende virkninger, der skal træffes i henhold til

artikel 67, og i det omfang de er nødvendige for det indre markeds funktion, omfatter:

a) forbedring og forenkling:

— af ordningen for forkyndelse af retslige og udenretslige dokumenter på tværs af grænserne

[…].

Artikel 68

1. Artikel 234 finder anvendelse på dette traktatafsnit under følgende omstændigheder og på følgende betingelser: Såfremt et spørgsmål om fortolkningen af dette traktatafsnit eller om gyldigheden eller fortolkningen af retsakter udstedt af Fællesskabets institutioner på grundlag af dette traktatafsnit rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, skal denne ret, hvis den skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom, anmode Domstolen om at afgøre spørgsmålet.

[…]«

9. Forordning nr. 1348/2000 omhandler forkyndelse i medlemsstaterne af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager [5]. Anden og sjette betragtning til forordningen er relevante for fortolkningen i den foreliggende sag, idet følgende fremgår af disse: »For at det indre marked kan fungere tilfredsstillende, er det nødvendigt at forbedre og fremskynde fremsendelsen af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager mellem medlemsstaterne« med henblik på fremsendelse og forkyndelse. Det nævnte hensyn tilsiger, at fremsendelsen af disse typer dokumenter skal foregå »direkte og ved hjælp af hurtige midler mellem de af medlemsstaterne udpegede lokale instanser«.

10. Til trods for, at forordning nr. 1348/2000 fokuserer på de udenretslige dokumenter, indeholder den hverken definitioner heraf eller nogen specifik ordning vedrørende deres fremsendelse og forkyndelse. De behandles kun i en enkelt artikel, nemlig artikel 16:

»Udenretslige dokumenter kan fremsendes med henblik på forkyndelse i en anden

5 — Forordning nr. 1348/2000 er blevet ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EF) nr. 1393/2007 af 13.11.2007 om forkyndelse i medlemsstaterne af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager (EUT L 324, s. 79). Den nye retsakt indfører imidlertid ingen relevante ændringer for nærværende præjudicielle spørgsmål.

medlemsstat i overensstemmelse med bestemmelserne i denne forordning.«

11. I overensstemmelse med artikel 17, litra b), i forordning nr. 1348/2000 vedtog Kommissionen den 25. september 2001 en beslutning om udarbejdelse af en håndbog over modtagende instanser og en ordliste over de dokumenter, som kan forkyndes [6]. Bilag II heri indeholder den omtalte liste over dokumenter, om end den udelukkende er af vejledende karakter og ikke er udtømmende. I afsnittet, der omhandler Spanien, nævnes, at »de udenretslige dokumenter, der skal forkyndes, er dem, der udstedes af offentlige myndigheder, som i henhold til spansk lov er bemyndiget til at foretage forkyndelse«.

B — *Nationale bestemmelser*

12. Den spanske lov om retsplejen i civile sager af 7. januar 2000 (Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, herefter »LEC«) [7] indeholder i artikel 223 og 224 en ordning vedrørende de afgørelser, der træffes af en justitssekretær i civile sager.

»Artikel 223. Afgørelser om foranstaltninger

1. Det påhviler justitssekretærerne at træffe afgørelser om foranstaltninger, som sikrer, at sagerne tilrettelægges som foreskrevet i loven.

2. Afgørelserne om foranstaltninger begrænses til at omfatte afgørelsens indhold, navnet på justitssekretæren, der træffer afgørelsen, datoen samt dennes underskrift.

Artikel 224. Efterprøvelse af afgørelser om foranstaltninger

1. Afgørelser om foranstaltninger er uden videre ugyldige, hvis de afgør spørgsmål, som i henhold til loven skal løses ved retsbeslutning, kendelse eller dom.

2. Ud over de tilfælde, der nævnes i foregående stykke, kan afgørelser om foranstaltninger også annulleres på begæring af den

6 — Kommissionens beslutning 2001/781/EF om udarbejdelse af en håndbog over modtagende instanser og en ordliste over de dokumenter, som kan forkyndes, i overensstemmelse med Rådets forordning (EF) nr. 1348/2000 om forkyndelse i medlemsstaterne af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager (EFT L 298, s. 1). Denne beslutning er blevet ændret ved to lejligheder: ved Kommissionens beslutning 2002/350/EF af 3.4.2002 (EFT L 125, s. 1) og ved Kommissionens beslutning 2007/500/EF af 16.7.2007 (EUT L 185, s. 24). Ingen af de to ændringer har dog betydning for nærværende sag.

7 — BOE nr. 7 af 8.1.2000.

part, som foranstaltningerne er til skade for, hvis de er i strid med en lovbestemmelse, eller hvis de afgør spørgsmål, som i henhold til nærværende lovs bestemmelser skal afgøres ved retsbeslutning.

3. Den i foregående artikel nævnte anfægtelse behandles og afgøres i overensstemmelse med bestemmelserne for prøvelsessøgsmål.«

13. Det fremgår udtrykkeligt af nævnte artikel 224, stk. 3, i LEC, at retsmidlet til pådømmelse af afgørelser om foranstaltninger er prøvelsessøgsmålet i civilprocesretten. Dette retsmiddel anvendes generelt ved efterprøvelse af retsbeslutninger og kendelser, og reglerne herfor er fastsat i artikel 451-454 i LEC:

»Artikel 451. Afgørelser, der kan appelleres. Ingen opsættende virkning

Alle retsbeslutninger og ikke-retskraftige kendelser, der er afsagt af en civilretlig domstol, kan begæres prøvet ved den samme domstol, som har afsagt den appellerede afgørelse. En sådan prøvelse er dog ikke til hinder for, at afgørelsen fuldbyrdes.

Artikel 452. Frist, form og afvisning

Prøvelsessøgsmålet skal anlægges inden for en frist på fem dage og under angivelse af den ulovlighed, som afgørelsen ifølge den begærende part er behæftet med.

Såfremt disse to krav ikke er opfyldt, afvises prøvelsen ved retsbeslutning, som ikke kan appelleres.

Artikel 453. Høring af de indklagede parter samt afgørelse

1. Efter at prøvelsessøgsmålet er antaget til realitetsbehandling, tildeles de øvrige deltagende parter i sagen en fælles frist på fem dage til at gøre indsigelse, såfremt de måtte finde det nødvendigt.

2. Efter indsigelsesfristens udløb, og uanset om der er afgivet skriftlige indlæg eller ej, træffer retten uden yderligere formaliteter afgørelse ved kendelse inden for en frist på fem dage.

Artikel 454. Manglende appeladgang for kendelser vedrørende prøvelsessøgsmål

Med undtagelse af de sager, hvor en klagesag er berettiget, kan der ikke iværksættes appel af kendelser, som vedrører prøvelsessøgsmål, dog med forbehold af, at spørgsmålet, der er genstand for prøvelsessøgsmålet, rejses på ny ved en eventuel appel af den endelige afgørelse.«

14. I henhold til artikel 455 i LEC kan førsteinstansdomstolenes kendelser appelleres, når de er blevet »endelige«, eller »det udtrykkeligt fremgår af loven«.

15. Endelig fremgår det af artikel 207 i LEC, at »endelige afgørelser er de afgørelser, der afslutter behandlingen i første instans, samt dem der afgør de fremsatte appeller over for disse«.

16. Notarialakter reguleres af Reglamento Notarial (notarbekendtgørelse) fra 1944 [8], som er blevet ændret ved flere lejligheder. Dets artikel 202-206 indeholder forskrifterne vedrørende forkyndelses- og påkravsdokumenter med følgende formulering:

»*Artikel 202*

Forkyndelsesdokumenter har til formål at overbringe en person en meddelelse eller beslutning fra den, som har begæret en notars mellemkomst, og påkravsdokumenter har desuden til formål at give den pågældende person et påbud om at udvise en bestemt adfærd.

Notaren kan efter eget skøn, og forudsat at det ikke er i strid med en retsregel, foretage forkyndelser og påkrav ved til adressaten at fremsende meddelelse, kopi eller brev med anbefalet post med modtagelsesbevis.

For så vidt proceduren i stk. 2 ikke anvendes, møder notaren personligt op på den adresse eller det sted, hvor forkyndelsen eller påkravet skal finde sted i henhold til rekvirentens anvisninger. Her præsenterer han sig som notar og orienterer om formålet med sin tilstedeværelse. Såfremt rekvisitus ikke er til stede, kan meddelelsen overdrages til en hvilken som helst person, der befinder sig på det anviste sted, og som bekræfter sin identitet. Såfremt ingen måtte tage imod meddelelsen, noteres denne omstændighed. Hvis der i bygningen findes en portner, kan notarialforretningen foretages over for denne.

8 — Dekret af 2.6.1944 om endelig godkendelse af Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (bekendtgørelse om organisation og bestemmelser for notarialvirksomhed) (BOE nr. 189 af 7.7.1944).

Forretningen udføres ved overdragelse af meddelelse underskrevet af notaren med — som minimum — sit familienavn. Meddelelsen skal indeholde forkyndelsens eller påkravets ordrette tekst og gøre opmærksom på modtagerens ret til at svare samt fristen herfor, jf. artikel 204.

[…]

Artikel 203

Hvis rekvisitus [eller] dennes repræsentant […] nægter at modtage meddelelsen eller udviser aktiv eller passiv modstand mod at tage imod den, noteres dette, hvorefter forkyndelsen betragtes som udført. På samme måde noteres enhver omstændighed, som gør det umuligt for notaren at overdrage meddelelsen. I så tilfælde anvendes proceduren i artikel 202, stk. 6.

Artikel 204

Modtageren af forkyndelsen eller påkravet har ret til at give svar for notaren på samme notarialakt, men må dog ikke tilføje andre påkrav eller forkyndelser i sit svar, idet disse skal foretages i et særskilt dokument.

[…]

Artikel 206

De forkyndelser eller påkrav, der omhandles i love eller administrative bestemmelser, men uden at kravene til og procedurerne for disse er nærmere specificeret, foretages som foreskrevet i de foregående artikler. I de tilfælde, hvor den pågældende lovgivning indeholder specifikke regler eller fastsætter anderledes krav eller procedurer hvad angår bopæl, sted, personer, som notarialforretninger kan foretages over for, eller et hvilket som helst andet forhold, skal indholdet i de pågældende bestemmelser dog følges, hvorfor reglerne i artikel 202 og følgende artikler i nærværende bekendtgørelse ikke finder anvendelse.«

IV — De præjudicielle spørgsmål

17. Ved kendelse af 3. januar 2008 forelagde Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier et præjudicielt spørgsmål om fortolkning i henhold til artikel 68 EF, jf. artikel 234 EF. Efter en kort redegørelse for opfyldelsen af den nævnte bestemmelse

(særligt at den forelæggende rets afgørelse ikke kan appelleres) forelægger retten Domstolen følgende to spørgsmål:

»1) Er forkyndelse af udenretslige dokumenter, som udelukkende finder sted mellem privatpersoner, som anvender de fysiske og personalemæssige ressourcer ved domstolene og retterne i Den Europæiske Union og fællesskabsretten, omfattet af anvendelsesområdet for forordning (EF) nr. 1348/2000, selv hvis der ikke er anlagt noget søgsmål? Eller alternativt:

2) Finder forordning (EF) nr. 1348/2000 udelukkende anvendelse inden for rammerne af et retligt samarbejde mellem medlemsstaterne og et verserende søgsmål [EF-traktatens artikel 61, litra c), artikel 67, stk. 1, og artikel 65 samt sjette betragtning i præamblen til forordning nr. 1348/2000]?«

18. Forelæggelseskendelsen blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 14. januar 2008. Roda Golf og den lettiske, ungarske, polske, slovakiske, tjekkiske, spanske, græske, tyske og italienske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg inden for den frist, der er anført i artikel 23 i Domstolens statut.

19. På trods af denne sags mulige praktiske konsekvenser for den nationale domstolsorganisation har ingen af de nævnte stater, Kommissionen eller sagsøgeren i hovedsagen anmodet om afholdelse af et retsmøde inden for den fastsatte frist herfor. Således var sagen klar til udformning af nærværende forslag til afgørelse den 13. november 2008.

V — Formaliteten

20. Kommissionen anfører, at Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier ikke har kompetence til at forelægge det præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 68 EF, idet den ikke er en ret i sidste instans, og idet der ikke foreligger en tvist mellem parter. Ingen af de regeringer, der har indgivet skriftlige indlæg, har udtalt sig om dette aspekt, mens Roda Gof fremfører forskellige grunde til, at sagen kan realitetsbehandles. Da der er tale om et vanskeligt spørgsmål, der vedrører artikel 68 EF, vil jeg analysere begge indsigelser grundigt og hver for sig.

A — *Første indsigelse mod realitetsbehandlingen: artikel 68 EF og begrebet ret, hvis afgørelser ikke kan appelleres*

21. I nærværende sag skal Domstolen undersøge den restriktion, der er indført i artikel 68 EF, og hvorefter det udelukkende

er retter i sidste instans, der kan forelægge præjudicielle spørgsmål vedrørende afsnit IV i EF-traktaten og de på grundlag heraf udstedte retsakter. Inden jeg anvender nævnte bestemmelse på den konkrete sag finder jeg det hensigtsmæssigt at redegøre for tilblivelseshistorien og de grunde, der førte til medlemsstaternes vedtagelse af denne foranstaltning, idet jeg fremhæver de af den nævnte restriktion følgende begrænsninger af og ulemper for den retslige dialog.

1. Artikel 68 EF's oprindelse og begrundelse

22. Indførelsen af et område med frihed, sikkerhed og retfærdighed, med alt hvad dette indebærer af fordele, har krævet en væsentlig tilpasning af de traditionelle juridiske instrumenter. Den frie bevægelighed for personer inden for u nionens område har vist sig at være en udfordring for integrationsprojektet, idet individernes væsentlige interessesfærer følger med, når de flytter. Som eksempel herpå er der i Schengenreglerne på forsigtig vis blevet indført en gensidig anerkendelse på det strafferetlige område [9]. Bestemmelserne vedrørende betingelserne for ophold har været nødt til at løse de problemer, der rammer borgere i tredjelande, som ved et retligt bånd er knyttet til fællesskabsborgere [10]. På samme måde har politisamarbejdet og det retlige samarbejde i straffesager medført en intensivering af samarbejdet mellem myndighederne i de forskellige stater uden fortilfælde i den europæiske historie [11].

23. I denne sammenhæng indtog medlemsstaterne en forsigtig holdning over for indvirkningen af denne proces på Unionens retslige opbygning. I sit arbejde forud for underskrivelsen af Amsterdamtraktaten udtrykte formandskabet for Rådet sin bekymring for det store antal præjudicielle spørgsmål, der kunne blive forelagt Domstolen, som derved ville blive overbebyrdet og blive hæmmet i sin operative kapacitet. Men dette ville ligeledes svække denne kapacitet hos de nationale forelæggende retter. Stillet over for denne situation foreslog formandskabet en undersøgelse af nogle alternativer til Domstolens rolle [12].

24. Overvejelserne i Rådet blev behørigt afspejlet i den nuværende artikel 68 EF, som blev tilføjet i forbindelse med de ændringer, der blev indført ved Amsterdamtraktaten. Bestemmelsen giver domstolene i medlemsstaterne kompetence til at anvende artikel 234 EF i forbindelse med afsnit IV i

9 — Artikel 54 i konventionen om gennemførelse af Schengenaftalen af 14.6.1985 mellem regeringerne for staterne i Den Økonomiske Union Benelux, Forbundsrepublikken Tyskland og Den Franske Republik om gradvis ophævelse af kontrollen ved de fælles grænser (EFT L 239, s. 19) omhandler princippet om *ne bis in idem* inden for strafferetten, og retspraksis på dette område har ført til en styrkelse af den gensidige anerkendelse af strafferetlige domstolsafgørelser.

10 — De alvorlige problemer, der er opstået på dette område, har medført en ændring af retspraksis. Dette ses bl.a. i dom af 25.7.2008, sag C-127/08, Metock m.fl., Sml. I, s. 6241.

11 — Det mest fremtrædende symbol på denne voldsomme forandring er Rådets rammeafgørelse 2002/584/RIA af 13.6.2002 om den europæiske arrestordre og om procedurerne for overgivelse mellem medlemsstaterne (EFT L 190, s. 1), om hvilken der er afsagt afgørelser af vidtrækkende betydning, som f.eks. dom af 3.5.2007, sag C-303/05, Advocaten voor de Wereld, Sml. I, s. 3633, præmis 28.

12 — En generel rammebestemmelse for et projekt til ændring af traktaterne, kommentar til artikel G. Teksten kan læses i *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, nr. 1, 33, 1997, s. 187. Vedrørende bestemmelsens oprindelse henvises til A. Albors-Llorens, »Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice Under the Treaty of Amsterdam«, *Common Market Law Review,* nr. 35, 1998, s. 1273-1276, S. Langrish, »The Treaty of Amsterdam: Selected Highlights«, 23 *European Law Review,* 1998, s. 8, samt H. Labayle, »Le Traité d'Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice«, *Revue Trimestrielle de Droit Européen,* nr. 33, 1997, s. 873 og 874.

EF-traktaten og de afledte retsakter, der udstedes på grundlag af dette afsnit, om end med visse afvigelser. Det er blandt disse værd at nævne, at forelæggelser forbeholdes de nationale retter, hvis afgørelser ikke kan appelleres.

25. De såkaldte præjudicielle spørgsmål med forskellig hastighed blev omhandlet i den nævnte artikel 68, og artiklen anvendte en differentiering, der var i skarp kontrast til den stringens og ensartethed, der traditionelt set havde kendetegnet Fællesskabets retssystem. Den afveg desuden fra Domstolens holdning, idet denne i sin rapport fra 1995 om visse aspekter ved anvendelsen af EU-traktaten [13] havde afvist enhver begrænsning af de nationale retters beføjelser til at forelægge præjudicielle spørgsmål. En sådan restriktion ville ifølge Domstolen medføre en forringelse af fællesskabsrettens ensartethed og kohærens [14].

26. Medlemsstaternes vedholdenhed førte til ændringen i forelæggelsesordningen, om end det stadig er svært at forestille sig den strøm af spørgsmål, som man frygtede. Artikel 35 EU, som med undtagelse af Spanien kan anvendes af alle nationale retter i de stater, der har afgivet erklæring i henhold til stk. 2 i nævnte artikel [15], har nemlig ikke forårsaget nogen ødelæggende følgevirkninger. Tværtimod er den nylige vedtagelse af en præjudiciel hasteprocedure et tydeligt bevis på Domstolens villighed til at behandle sager vedrørende området for frihed, sikkerhed og retfærdighed inden for korte frister, uden at der er grund til særlig bekymring for eventuelle laviner af forelæggelser [16].

27. Artikel 68 EF skal forstås i overensstemmelse med den grundlæggende ret til effektiv domstolsbeskyttelse. De bestemmelser, der begrænser mulighederne for at forelægge et præjudicielt spørgsmål, bør fortolkes snævert. Svaghederne ved de begrænsninger, som den nationale ret pålægges i medfør af artikel 68 EF, har visse praktiske konsekvenser, som det er værd at gøre rede for i forbindelse med deres anvendelse på den sag, der er forelagt af Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier.

13 — Domstolens rapport fra maj 1995.

14 — Denne bekymring kommer tydeligt til udtryk i afsnit 11: »Såfremt man begrænsede mulighederne for at forelægge sager for Domstolen, ville man bringe den ensartede anvendelse og fortolkning af fællesskabsretten i hele Unionen i fare, og der ville være en risiko for, at borgerne blev berøvet en effektiv retsbeskyttelse, og at ensartetheden i retspraksis ville lide skade […]. Ordningen med præjudiciel forelæggelse er en afgørende betingelse for, at det indre marked kan fungere, da denne ordning er nødvendig for at bevare fællesskabskarakteren af den retsorden, som er indført ved traktaterne, og da formålet med ordningen er at sikre, at denne retsorden under alle omstændigheder får den samme virkning i alle Den Europæiske Unions medlemsstater […]. En af Domstolens vigtigste opgaver er netop at sikre en sådan ensartet fortolkning, og dette sker ved besvarelsen af de spørgsmål, som de nationale retsinstanser forelægger.«

15 — Disse medlemsstater, med undtagelse af Spanien, har givet samtlige retter og domstole kompetence til at forelægge præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 35 EU. Om end der ikke findes nogen opdatering på situationen vedrørende erklæringerne, kan der henvises til et nyttigt dokument, som er udarbejdet af Domstolens forsknings- og dokumentationsafdeling, på http://curia.europa.eu/es/instit/txtdocfr/txtsenvigueur/art35.pdf

16 — Den nye præjudicielle hasteprocedure, som blev vedtaget den 15.1.2008 (EUT L 24, s. 39), og som reguleres af artikel 104b i Domstolens procesreglement, kan, ud over de utvivlsomme risici for retspraksissens kohærens og ensartethed (for ikke at nævne forringelsen af de grundlæggende procesretlige beskyttelsesordninger, f.eks. vedrørende gennemsigtigheden), også bringe nærværende Domstols operative kapacitet i fare ved fremtidige (og sandsynlige) laviner. På trods af disse farer er der intet, der har standset drivkræfterne bag den nye procedure.

2. Den snævre fortolkning af de ved artikel 68 EF indførte begrænsninger i den retslige dialog

28. Enhver undtagelse fra en regel skal fortolkes snævert. De præjudicielle særegenheder i artikel 68 EF er forskellige fra det almene begreb i artikel 234 EF, og de skal derfor fortolkes med varsomhed. Dette resultat opnås dog ikke alene ved hjælp af fortolkningskriterier.

29. Domstolsadgangen udgør en hjørnesten i den vestlige retskultur. »To no one will we sell, to no one will we deny or delay right or justice«, står det skrevet i Magna Carta fra 1215 [17]. Dette afspejlede en grundsætning, som har bevaret sin gyldighed i Europa frem til i dag, hvor den har fundet plads i den europæiske menneskerettighedskonvention [18], Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder [19] og i Domstolens retspraksis [20]. Således indgår den grundlæggende ret til retlig prøvelse blandt fællesskabsrettens generelle principper, og den ligger til grund for domstolsadgangens organisering. I nogle medlemsstater, såsom Tyskland og Spanien, omfatter organiseringen af denne grundlæggende ret også det præjudicielle retsmiddel i artikel 234 EF [21]. Denne forelæggelsesmulighed viser sig at være afgørende på to fronter hvad angår beskyttelsen af individets proceduremæssige garantier, såvel på fællesskabsplan som på nationalt plan [22]. Adgangen til domstolene betyder ikke kun, at der kan indledes en retssag, men også at den behandles af en kompetent ret. Desuden giver det præjudicielle spørgsmål procesretslig form til fællesskabsrettens krav om ensartethed og kohærens, og derfor skal alle nationale retter have mulighed for at anmode Domstolen om hjælp [23]. Et hvilket som helst forsøg på at forhindre en national domstol i at forelægge et præjudicielt spørgsmål er ensbetydende med en devaluering af denne grundlæggende rettighed. Ud fra denne forudsætning kan det konkluderes, at begrænsningerne i artikel 68 EF bliver mere fleksible, hvis den fortolkes i lyset af adgangen til en effektiv domstolsbeskyttelse [24].

30. Der er ligeledes institutionelle motiver, som taler for en snæver fortolkning af artikel 68 EF. Det vigtigste af disse er Domstolens monopol på at efterprøve gyldig-

17 — Magna Carta Libertatum, kapitel 40. Om udviklingen af domstolsadgangens underliggende værdi, se A. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure. Rules and Procedures,* Sweet & Maxwell, London, 2006, s. 59-64.

18 — Artikel 6 i konventionen.

19 — Artikel 47 i chartret.

20 — Dom af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 18 og 19, af 15.10.1987, sag 222/86, Heyens m.fl., Sml. s. 4097, præmis 14, af 27.11.2001, sag C-424/99, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9285, præmis 45, af 25.7.2002, sag C-50/00 P, Unión de Pequeños Agricultores mod Rådet, Sml. I, s. 6677, præmis 39, og af 19.6.2003, sag C-467/01, Eribrand, Sml. I, s. 6471, præmis 61.

21 — Den tyske Bundesverfassungsgerichts dom af 9.1.2001 og den spanske Tribunal Constitucionals dom nr. 58/2004 af 19.4.2004. F. Arndt fremsætter nogle interessante kommentarer til disse domme i »The German Federal Constitutional Court at the Intersection of National and European Law: Two Recent Decisions«, *German Law Journal,* nr. 11, 2001. Det samme gør R. Alonso García, »Comentario a la sentencia 58/2004«, *Common Market Law Review,* nr. 42, 2005.

22 — P. Martín Rodríguez, »La cuestión prejudicial como garantía constitucional: a vueltas con la relevancia constitucional de derecho comunitario«, *Revista Española de Derecho Constitucional,* nr. 72, 2004, og M. Azpitarte Sánchez, *El Tribunal Constitucional ante el control del derecho comunitario derivado,* Ed. Civitas, Madrid, 2002.

23 — Dom af 16.12.2008, sag C-210/06, Cartesio, Sml. I, s. 9641, præmis 96 og 97.

24 — Denne opfattelse, anvendt på artikel 68 EF, forsvares af J. Baquero Cruz, »El Auto Dem'Yanenko: expulsión de ciudadanos de terceros Estados y TJCE«, *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, nr. 19, 2004, s. 944 ff.

heden. Ved at begrænse adgangen til præjudicielle forelæggelser til retterne i sidste instans bliver de underordnede retter frataget muligheden for at indhente afgørelser om, at fællesskabsretsakter er ugyldige, hvilke afgørelser EF-traktaten forbeholder Domstolen [25]. Denne kendsgerning tvinger de retter, hvis afgørelser kan appelleres, til at anvende en regel, som de mener er ugyldig, eller, endnu værre, til selv at foretage efterprøvelsen af gyldigheden, hvilket kun Domstolen har kompetence til. Hvis begrebet sidste instans tolkes alt for snævert, vil det således øge risikoen for, at kontrollen med fællesskabsbestemmelsernes gyldighed opsplittes.

31. Det er derfor ikke så underligt, at der opstår initiativer til ophævelse af artikel 68 EF, såsom Kommissionens forslag fra 2006 om at fjerne den nævnte bestemmelses særegenheder med henblik på at opnå ensartethed, effektiv domstolsbeskyttelse og en styrkelse af Fællesskabets retsinstansers effektive funktion [26]. Selv om initiativet ikke nåede at blive gennemført, er Kommissionens udtalelser tilstrækkeligt tydelige, idet den anfører, at artikel 68 EF »strider mod en procesøkonomisk anvendelse af domstolene« [27], »medføre[r] et unødigt spild af de ressourcer, der er til rådighed for de nationale domstole« [28], og — efter Kommissionens mening — endda også er »uden sammenhæng med den øvrige del af traktaten« [29]. Medlemsstaterne har heller ikke haft noget imod at fjerne særegenhederne i artikel 68 EF i forbindelse med udarbejdelsen af udkast til traktat om indførelse af en forfatning for Europa eller Lissabontraktaten. Således er forskellene i ordningerne vedrørende præjudicielle forelæggelser fjernet i disse bestemmelser.

32. Kort fortalt bør begrænsningen i forelæggelsesadgangen til retter i sidste instans tolkes snævert. Ikrafttrædelsen af artikel 68 EF har medført en præcedens, som næppe er forenelig med hensigten bag artikel 234 EF. Det skyldes de uregelmæssigheder, som den ikke blot indfører i sidstnævnte artikels dynamik, men også i Fællesskabets retslige opbygning. Som Pierre Pescatore for nylig skrev i en kommentar, udgør mekanismen i artikel 234 EF »en hellig bestanddel af Europas retslige arv« [30]. Enhver ændring af denne hjørnesten i det indre markeds funktion [31] bør overvejes med største omhu, idet forudsætningerne for den europæiske retsmodel i høj grad bygger på en succesrig forelæggelsesordning. Det er derfor ikke så overraskende, at tilhængerne af alternative modeller har distanceret sig fra fællesskabs-

25 — Dom af 22.10.1987, sag 314/85, Foto-Frost, Sml. s. 4199, præmis 20.

26 — Meddelelse fra Kommissionen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg, Regionsudvalget og De Europæiske Fællesskabers Domstol af 28.6.2006 med henblik på tilpasning af bestemmelserne i afsnit IV i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab vedrørende Domstolens kompetence, for derved at sikre en mere effektiv retsbeskyttelse (KOM/2006/0346). Dette dokument, som er dybt kritisk over for artikel 68 EF, står i kontrast til institutionens standpunkt i den foreliggende sag. Hvis bestemmelsen i Kommissionens øjne vanskeliggør adgangen til domstolene, er det mig uforståeligt, at den så eftertrykkeligt tilslutter sig, at den forelæggende rets spørgsmål ikke kan realitetsbehandles. Dette gælder særligt, når Kommissionen, som det fremgår ved en undersøgelse af sagens realitet, slår til lyd for en maksimalistisk fortolkning af forordning nr. 1348/2000, hvilket er udtryk for denne sags tydelige relevans for sagens parter, men også for bestemmelserne for det spirende område med frihed, sikkerhed og retfærdighed.

27 — Ibidem, s. 6.

28 — Ibidem.

29 — Ibidem, s. 7.

30 — P. Pescatore, »Preliminary Rulings — Evolution of the System«, *50th Anniversary of the Court of Justice of the European Communities. Conference on Cooperation between the Court of Justice and the National Courts,* Kontoret for De Europæiske Fællesskabers Officielle Publikationer, Luxembourg, 2003, s. 29.

31 — Dette udtryk har jeg lånt af præsident Robert Lecourt i hans værk »Le rôle unificateur du juge dans la Communauté«, *Études de droit des Communautés Européennes, Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen,* Ed. Pedone, Paris, 1984, s. 227.

traditionen, idet de påberåber sig artikel 68 EF [32]. Hvis tiden er inde til at ændre samarbejdet mellem Domstolen og de nationale retter, er en ændring som den, der er foretaget af artikel 68 EF, måske ikke den mest hensigtsmæssige metode.

33. I betragtning af, at Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier befinder sig på første trin af det civilretlige domstolshierarki i Spanien, vil det være hensigtsmæssigt at få klarlagt, om en ret i sidste instans i henhold til artikel 68 EF er den højeste ret i det nationale domstolssystem eller den sidste ret, der behandler en sag i henhold til det nationale appelsystem. Med andre ord er det nødvendigt, sådan som Domstolen gjorde det i Lyckeskog-sagen [33] vedrørende artikel 234 EF, at afgøre, om man skal anvende en organisk eller en sagsspecifik tilgangsvinkel. I den pågældende dom anvendtes sidstnævnte, idet Domstolen fulgte generaladvokat Tizzanos fremragende forslag til afgørelse, som fremhævede den progressive tendens inden for retspraksis på dette område [34]. I dommens præmis 15 blev det fastslået, at kohærens og ensartethed opnås, »når denne forelæggelsespligt […] gælder for de højeste retsinstanser […], *samt enhver national ret, hvis afgørelser ikke kan appelleres* […]«.

34. Svaret på dette dilemma finder jeg både i ovennævnte argumenter og i Domstolens retspraksis. Hvis fortolkningen af artikel 68 EF skal tilpasses princippet om en effektiv domstolsbeskyttelse, må man forsøge at anvende kravene i dette princip [35]. Denne tanke kom logisk nok til udtryk i Lyckeskog-dommen, idet den tillader en udvidelse af antallet af retter, som må forelægge præjudicielle spørgsmål, uanset om de befinder sig øverst i det pågældende retssystems hierarki eller ej. Dette synspunkt viser sig ligeledes at være korrekt, når det præjudicielle spørgsmål er baseret på artikel 68 EF.

35. På samme måde oplever jeg en vis overensstemmelse mellem mit forslag og rets-

32 — J. Komárek, »In the court(s) we trust? On the need for hierarchy and differentiation in the preliminary ruling procedure«, *European Law Review,* nr. 32, 2007, s. 486 ff., forsvarer en alternativ model til Fællesskabets retspleje, som kombinerer differentiering og hierarki, idet den bygger på begrænsningerne i artikel 68 EF.

33 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 3.

34 — Generaladvokat Tizzanos forslag til afgørelse af 21.2.2002 (ovennævnte dom), punkt 32-38. De domme, der førte til denne kurs, var den historiske dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod ENEL, Sml. s. 1141, og af 24.5.1977, sag 107/76, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 957. Selv om der kun er tale om en kuriositet, kan jeg ikke lade være med at nævne, at der i Lyckeskog-dommen, i dens henvisning til Costa-dommen, citeres forkert, hvorved den sagsspecifikke tilgangsvinkel baseres på dom af 27.3.1963, forenede sager 28/62-30/62, Da Costa, Sml. s. 61. Ligheden mellem parternes navne i de to sager er tydelig, men hvis jeg ikke tager meget fejl, bidrog Da Costa-dommen, som var banebrydende på grund af dens indførelse af *acte claire*-doktrinen, ikke meget til behandlingen af Lyckeskog-sagen.

35 — Denne opfattelse understøttes i forbavsende høj grad i doktrinen. Det belyses særlig effektivt af R. Alonso García, *El juez español y el Derecho comunitario,* Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, s. 228: »når de retter, hvis afgørelser godt kan appelleres, fratages muligheden for præjudiciel adgang til Domstolen, både hvad angår fortolkning og gyldighed, vil en tolkning af den nævnte bestemmelse ud fra et abstrakt eller organisk princip kunne medføre alvorlige kløfter, ikke kun hvad angår fortolkningen, men også selve anvendelsen af EF-traktatens afsnit IV, idet det ville kunne lukke op for nationale ugyldighedserklæringer vedrørende Fællesskabets funktion, som ville være uomstødelige, hvis de stammede fra lavere retter i eneste eller sidste instans« (frit oversat). Ligeledes C. Cheneviere, »L'article 68 CE — Rapide survol d'un renvoi préjudiciel mal compris«, *Cahiers de Droit Européen,* nr. 40, 2004, s. 569-572, P. Girerd, »L'article 68 CE: un renvoi préjudicial d'interpretation et d'application incertaines«, *Revue Trimestrielle de Droit Européen,* nr. 35 (2), 1999, s. 243, samt A. Valle Gálvez, »Las nuevas competencias del Tribunal de Justicia de las CCEE tras el Tratado de Ámsterdam«, *Noticias de la Unión Europea,* 2000, nr. 186, s. 29.

praksis på området for det retlige samarbejde i civile og kommercielle sager. I Danmarks Rederiforening-dommen [36] realitetsbehandlede Domstolen et spørgsmål, der var forelagt i henhold til protokollen vedrørende Domstolens fortolkning af Bruxelleskonventionen [37]. Ifølge denne protokol er det for Danmarks vedkommende kun Højesteret, der kan forelægge spørgsmål, men i den konkrete sag var det Arbejdsretten, der forelagde spørgsmålet, idet den fungerede som sidste instans. I dommens præmis 16 blev det fastslået, at en fortolkning alene med udgangspunkt i protokollens ordlyd ville føre til, »at spørgsmål om fortolkningen af Bruxelleskonventionen, der opstår under et søgsmål som det, der er tale om i hovedsagen, ikke i Danmark under nogen omstændigheder kunne gøres til genstand for en præjudiciel forelæggelse«. Således blev det præjudicielle spørgsmål antaget til behandling, idet der blev anvendt en sagsspecifik tilgangsvinkel på et område, der er beslægtet, men ikke identisk, med artikel 68 EF [38].

36. På baggrund af disse overvejelser er jeg tilbøjelig til at hævde, at når artikel 68 EF henviser til retter, hvis afgørelser ikke kan appelleres, er der ikke kun tale om højesteretterne, men en hvilken som helst national ret, der afsiger afgørelser, som ikke kan appelleres.

37. Selv om Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier ikke udgør den højeste nationale instans, har den således alligevel kompetence til at forelægge et præjudicielt spørgsmål i henhold til artikel 68 EF, når dens afgørelser ikke kan appelleres. Tilbage står kun at fastslå, om privatpersoner ifølge de spanske procesregler har mulighed for at anfægte den pågældende rets afgørelser.

3. Appelsystemet i den spanske civile retsorden

38. Kendelsen fra Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier understreger rettens kompetence til at behandle en appel mod en afgørelse om foranstaltninger truffet af justitssekretæren ved samme domstol, som kan appelleres gennem et prøvelsessøgsmål (artikel 224 i LEC), hvis anvendelse, om end den er tiltænkt appeller mod beslutninger og kendelser (artikel 451 i LEC), udvides *ex lege* til afgørelser om foranstaltninger.

39. I henhold til artikel 455 i LEC kan endelige kendelser appelleres. Selv de kendelser, der afgør prøvelsessøgsmål, kan anfægtes.

36 — Dom af 5.2.2004, sag C-18/02, DFDS Torline, Sml. I, s. 1417.

37 — Protokol af 3.6.1971 vedrørende Domstolens fortolkning af konventionen af 27.9.1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (EFT 1975 L 204, s. 28; en konsolideret version er offentliggjort i EFT 1998 C 27, s. 28).

38 — Eksemplet falder ikke helt ind under området for artikel 68 EF, idet Rådets forordning (EF) nr. 44/2001 af 22.12.2000 om retternes kompetence og om anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser på det civil- og handelsretlige område (EFT 2001 L 12, s. 1), om end den var i kraft på tidspunktet for spørgsmålets forelæggelse, ikke var anvendelig i Danmark. Her var det nemlig kun muligt at påberåbe sig Bruxelleskonventionen, som takket være forordningen var blevet almindelig EF-ret i de øvrige medlemsstater.

40. Det ordinære prøvelsessøgsmål, der ifølge LEC generelt kan anvendes mod retsbeslutninger og kendelser [39], er et retsmiddel uden overførende virkning, der som led i en selvkontrol gør det muligt for en domstol at pådømme en afgørelse, som den selv har afsagt, og, om nødvendigt, at annullere den [40]. Prøvelsessøgsmål mod afgørelser om foranstaltninger har imidlertid en helt anden betydning, idet man her anfægter en underordnet afgørelse ved et overordnet organ. En justitssekretærs afgørelse prøves således af dommere ved samme domstol. Idet de to organer står i et hierarkisk forhold til hinanden, giver artikel 451 i LEC borgeren et retsmiddel, om end det udviser visse forskelle sammenlignet med det ordinære prøvelsessøgsmål [41].

41. Denne forskel kan være en af forklaringerne på de uensartede løsninger, der ses i den nationale retspraksis. Kommissionen har fremført forskellige retskendelser fra lavere retter, som tillader appel af kendelser, der afgør et prøvelsessøgsmål mod en afgørelse om foranstaltninger [42]. Dette synspunkt er imidlertid ikke entydigt, idet der findes modstridende retspraksis [43], ligesom der er en vis uenighed blandt forfatterne [44]. Nogle mener, at sådanne kendelser vedrørende anfægtelse af de nævnte afgørelser om foranstaltninger ikke kan appelleres. Det kan være en medvirkende faktor til denne juridiske diskussion, at LEC er en forholdsvis ny lov, hvis bestemmelser fortsat mangler at blive fortolket af den spanske Tribunal Supremo. Det er imidlertid ubestrideligt, at den spanske procesret på nuværende tidspunkt ikke på udtømmende vis har afklaret, om der kan foretages appel af en afgørelse som den, der skal træffes af Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier.

42. I denne sammenhæng er der to faktorer, som bør tages i betragtning.

43. For det første skal det fremhæves, at den forelæggende ret er overbevist om, at den er en sidsteinstansdomstol. I forelæggelseskendelsens tredje præmis anføres, at den nævnte artikel 454 i LEC efter rettens opfattelse finder anvendelse, hvilket »indebærer […] at kendelsen om at imødekomme den indgivne begæring om retligt samarbejde ikke kan appelleres«. Uenigheden blandt de spanske domstole vedrørende LEC skal afgøres af landets øverste retsinstans, og aldrig af Domstolen, for hvis den begyndte at fortolke artikel 454 i LEC, ville den ophøje sig til en spansk civildomstol og vælge side i en

39 — Artikel 451-454 i LEC.

40 — T. Armenta Deu, *Lecciones de Derecho Procesal Civil,* 3. udgave, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, s. 239-241, samt I. Díez-Picazo og A. de la Oliva Santos, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, 3. udgave, Ed. Ramón Areces, Madrid, 2004, s. 251 og 252.

41 — Inden LEC blev ændret i 2000, var det faktisk »revisionsanken«, der skulle anvendes til at anfægte justitssekretærers afgørelser. I dag findes sporene fra den tidligere nomenklatur i den gældende artikel 224 LEC, idet den i overskriften henviser til »*revision* af afgørelser om foranstaltninger« (min fremhævelse). Det konstateres således, at brugen af prøvelse til anfægtelse af de nævnte retsskridt udgør en atypisk metode, som ikke passer helt ind i konstruktionen af de appeller, der ikke har overførende virkning.

42 — Kendelse fra Audiencia Provincial de Castellón af 26.6.2006 og fra Audiencia Provincial de Cáceres af 24.1.2006.

43 — Kendelse fra Audiencia Provincial de Madrid af 25.1.2005.

44 — M. Aguilera Morales, »Resoluciones judiciales y diligencias de ordenación«, *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal,* nr. 3, 2000, s. 277, og A. Bonet Navarro, *Los recursos en el proceso civil,* La Ley, Madrid, 2000, s. 88.

diskussion, som det påhviler denne medlemsstats domstole at løse [45]. Hvis den forelæggende ret er sikker på, at den er en ret i sidste instans, bør Domstolen have tillid til dette og åbne døren for dem, der søger kriterier til fortolkning af fællesskabsretten.

44. For det andet mener jeg, idet jeg henviser til punkt 28 til 37 i dette forslag til afgørelse, at man i tvivlstilfælde bør vælge den løsning, som er mest gunstig for forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål. Derfor kan uoverensstemmelserne i den spanske processuelle retsorden kun have én løsning hvad angår denne konflikt: anerkendelsen af den forelæggende rets kompetence.

4. Konsekvenser

45. På baggrund af ovenstående og i betragtning af, at det i artikel 68 EF ikke kræves, at retterne er højeste instans i en medlemsstats retssystem, samt at det efter en vurdering af sagens omstændigheder er blevet fastslået, at afgørelsen fra Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier ikke kan anfægtes, bør Kommissionens første formalitetsindsigelse ikke tages til følge.

B — *Anden indsigelse mod realitetsbehandlingen: forekomsten af en tvist i hovedsagen*

46. Det mangler stadig at blive afklaret, om den nævnte spanske ret opfylder en anden væsentlig betingelse for at kunne forelægge et præjudicielt spørgsmål. Til forskel fra ovenstående punkt udspringer dette krav af retspraksis, idet det kræves, at spørgsmålet forelægges i forbindelse med en retssag. Med Domstolens ord »kan nationale retsinstanser kun forelægge [et præjudicielt spørgsmål], hvis der verserer en tvist for dem, og hvis forelæggelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag« [46]. I Kommissionens øjne ønsker Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier at afgøre en sag, hvor der ikke foreligger nogen tvist, og hvor den heller ikke udøver sin dømmende magt. Derfor nedlægger Kommissionen påstand om, at det præjudicielle spørgsmål afvises.

47. Det er desuden indlysende, at de indsigelsesgrunde vedrørende formaliteten, som Domstolen har udviklet i forbindelse med artikel 234 EF, ligeledes finder anvendelse på forelæggelser i henhold til artikel 68 EF. Teksten i denne bestemmelse, af hvilken det fremgår, at artikel 234 EF »finder anvendelse på dette traktatafsnit

45 — Domstolen er kompetent til at fortolke fællesskabsretten, mens den nationale domstol er kompetent til at identificere den nationale ret, der finder anvendelse, samt at fortolke denne. Denne afgrænsning, som er baseret på respekten for de nationale retters procesautonomi, sætter sig meget dybe spor i Domstolens retspraksis (dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409, af 20.5.1976, sag 111/75, Mazzalai, Sml. s. 657, af 8.11.1990, sag C-231/89, Gmurzynska-Bscher, Sml. I, s. 4003, og af 11.9.2008, forenede sager C-428/06 — C-434/06, UGT-Rioja m.fl., Sml. I, s. 6747).

46 — Kendelse af 18.6.1980, sag 138/80, Borker, Sml. s. 1975 og af 5.3.1986, sag 318/85, Greis Unterweger, Sml. s. 955, præmis 4, samt Job Centre-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 9.

[IV]«, viser, at ordningen vedrørende præjudicielle spørgsmål samt retspraksis på dette område finder fuld anvendelse, og at de eneste undtagelser herfra er de, som efterfølgende nævnes i selve artikel 68 EF [47]. Med udgangspunkt i Domstolens retspraksis vedrørende formalitetskravene i afsnit IV i EF-traktaten, vil det således være på sin plads at analysere nogle tidligere domme.

1. Kravet om en tvist

48. Det positive resultat af systemet med præjudicielle spørgsmål skyldes primært, at de stater, der grundlagde Fællesskabet, benyttede nogle brede formuleringer, da de nedfældede artikel 234 EF. Samtidig gjorde formuleringen det imidlertid muligt at indføre begrænsninger i forelæggelserne, hvoriblandt de mest fremtrædende er kravene om: At forelæggelsen foretages af en »retsinstans« [48], at forelæggelseskendelsen er begrundet [49], at der ikke er tale om hypotetiske eller fiktive spørgsmål [50], samt at der foreligger en tvist [51], hvilket er det punkt, jeg beskæftiger mig med her.

49. Blandt disse betingelser er der en særlig tæt forbindelse mellem den første og den sidste. Begrebet »retsinstans« udgør en grænse i den juridiske dialog inden for Fællesskabet. Det er nemlig ikke alle myndigheder, der kan deltage i denne dialog, men kun de, der har dømmende myndighed. I Vaassen-Göbbels-dommen [52] fastsatte Domstolen tydeligt de kriterier, som en institution skal opfylde for at kunne påtage sig denne type opgaver. I mit forslag til afgørelse i De Costersagen [53] foreslog jeg en stramning af denne retspraksis, idet dens nyere udvikling havde medført en omfattende retlig usikkerhed. Det er mit indtryk, at Domstolen på nuværende tidspunkt er mere tilbøjelig til at begrænse dialogen til de institutioner, der har ægte domstolsmyndighed. De seneste domme viser tegn på, at der er ved at blive indført en strengere kontrol, på linje med den oprindelige hensigt i Vaassen-Göbbels-dommen. Den afviges kun i visse tilfælde, hvis dette er nødvendigt for at sikre en effektiv retlig prøvelse [54].

50. Definitionen af »retsinstans« er meget nært knyttet til begrebet »tvist«. For at finde ud af, om en myndighed har kompetence i henhold til kriterierne i Vaassen-Göbbels-dommen, skal der nemlig foreligge en konflikt mellem parter. På trods af denne angivne forbindelse er der tale om to forskellige grunde, og Domstolen har derfor med rette valgt at behandle dem hver for sig.

51. Selv om en given myndighed er en del af en stats domstolsorganisation, betyder det

47 — Domstolen har foretaget denne sammenligning af retspraksis med de præjudicielle spørgsmål i artikel 35 EU, idet den fastslår, at »i lighed med hvad der gælder i henhold til artikel 234 EF, er en præjudiciel forelæggelse for Domstolen i henhold til artikel 35 EU betinget af, at den nationale ret »skønner, at en afgørelse af dette spørgsmål er nødvendig, før den afsiger sin dom«, hvorfor Domstolens retspraksis vedrørende formaliteten med hensyn til præjudicielle spørgsmål i henhold til artikel 234 EF i princippet kan overføres på de spørgsmål, der er forelagt Domstolen i medfør af artikel 35 EU« (dom af 16.6.2005, sag C-105/03, Pupino, Sml. I, s. 5285, præmis 29). Jeg udelukker ikke, at Domstolen muligvis ændrer opfattelse i fremtiden, idet jeg tillader mig at fremhæve, at det i dommen erkendes, at de traditionelle formalitetskriterier »*i princippet*« er gældende.

48 — Dom af 30.6.1966, sag 61/65, Vaassen-Göbbels, Sml. 1965-1968, s. 227; org.ref.: Rec. s. 377.

49 — Dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90 — C-322/90, Telemarsicabruzzo m.fl., Sml. I, s. 393, præmis 6.

50 — Dom af 16.12.1981, sag 244/80, Foglia, Sml. s. 3045, præmis 18 og 20.

51 — Job Centre-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46.

52 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 48.

53 — Forslag til afgørelse af 28.6.2001, sag C-17/00, De Coster (dom af 29.11.2001, Sml. I, s. 9445).

54 — Dom af 30.5.2002, sag C-516/99, Schmid, Sml. I, s. 4573, præmis 34, og af 31.5.2005, sag C-53/03, Syfait m.fl., Sml. I, s. 4609, præmis 31-35.

ikke nødvendigvis, at den altid udøver dømmende magt. Den første betingelse vedrører *subjekterne* i de præjudicielle sager, mens den anden vedrører de *funktioner,* som parterne varetager. Derfor har Domstolen skabt én formalitetsgrund, der knytter sig til institutionens natur, og en anden, der afhænger af de opgaver, institutionen udfører. Med andre ord har en retsinstans ikke altid domstolsmyndighed, selv om den har karakter af en domstol. Der er tale om to forskelligartede aspekter, som behandles på forskellig vis, hvilket efter min mening er korrekt.

53. Der findes også retspolitiske grunde, som bør tages i betragtning, idet Domstolen går i dialog med de nationale retter, for at disse efterfølgende kan gøre en retsinstans' traditionelle myndighed gældende, såsom iværksættelse af sikringsforanstaltninger, fuldbyrdelse af domme eller sikring af processuelle garantier. Disse kompetencer er også til rådighed for retterne, når de behandler sager, hvor der ikke foreligger fuld kontradiktion, eller når deres opgaver er af mere administrativ karakter. For at en national ret, i sin egenskab af almindelig fællesskabsretlig instans, kan dømme og fuldbyrde sine domme i lyset af fællesskabsbestemmelserne, skal kontrollen af, om der foreligger en tvist, foretages med omhu.

52. Domstolens adfærd er logisk. Det præjudicielle spørgsmål fremføres som et samarbejde mellem domstole med henblik på at finde en ensartet løsning, som er tilfredsstillende for både den konkrete sag og sammenhængen i Fællesskabets retssystem. Den udgør således et konstruktivt forhold *mellem domstole* og ikke *mellem tvister*, og det forklarer Domstolens skarpsindighed i forbindelse med afgrænsningen af begrebet retsinstans. Men når først det er blevet fastslået, hvem parterne er i dette samarbejde, har Domstolens indstilling været væsentlig mere fleksibel. I modsat fald ville det have urimelige konsekvenser: F.eks. ville en anerkendelse af, at ikke-retslige myndigheder har egenskab af retsinstanser, medføre, at kravet om eksistensen af en tvist måtte relativiseres i uhørt grad. Men i det andet tilfælde ville resultatet være lige så bekymrende. En pseudoretslig instans ville nemlig have meget svært ved at udføre retslige opgaver, og derfor ville den aldrig være kompetent til at forelægge præjudicielle spørgsmål.

2. Kontradiktion og den dømmende funktions natur: to sider af samme betingelse

54. Selv om den forelæggende ret er en del af den dømmende magt i Spanien, er der i nærværende sag tvivl om, hvorvidt der foreligger en kontradiktorisk procedure, og om institutionens beslutning har karakter af en retsafgørelse. Selv om de to sider traditionelt set har været koblet sammen med henblik på at opfylde kravet om eksistensen af en tvist, er der tale om to forskelligartede aspekter, som er blevet behandlet hver for sig i retspraksis.

55. Således har Domstolen ikke vurderet, at kontradiktionen er altafgørende for, om en national ret kan forelægge et præjudicielt spørgsmål [55]. Når først samarbejdet *mellem domstole* er fastslået, opnår den nationale ret vide skønsmæssige beføjelser til at foretage en forelæggelse. Denne opfattelse er blevet gentaget ved talrige lejligheder, hvor det er blevet præciseret, at »kravet om en kontradiktorisk sagsbehandling ikke er et absolut kriterium« [56].

56. I De Coster-sagen gjorde jeg opmærksom på den manglende klarhed i forbindelse med kravet om kontradiktion [57]. Som hovedregel har Domstolen ikke anerkendt realitetsbehandlingen af alle præjudicielle forelæggelser, som udspringer af nationale processer, hvor der kun er én part. Ikke desto mindre foreskriver retspraksis tre betingelser for, at kontradiktionen kan betragtes som værende til stede: For det første er det tilstrækkeligt, at et individ påberåber sig en rettighed og kræver, at en domstol udøver sin myndighed. For det andet skal anmodningen være tydeligt defineret, både i faktisk og retslig henseende. For det tredje skal den nationale ret udøve sin domstolsmyndighed med fuldkommen hensyntagen til de proceduremæssige garantier. Henvisningen til denne tredje betingelse findes i artikel 6 i den europæiske menneskerettighedskonvention samt i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis. Hvis disse betingelser — som alle er blevet efterprøvet på en noget usystematisk måde ved Domstolen — er til stede, anses princippet om kontradiktion for opfyldt i henhold til artikel 234 EF.

57. En tilsvarende dynamik gør sig gældende, når man ser på den dømmende funktions natur. I Job Centre-sagen [58] blev det på forsigtig vis anført, at den nationale retsinstans skal varetage egentlige juridiske opgaver. Denne doktrin er senere blevet bekræftet, men dens sande betydning kommer først frem ved en iagttagelse af hver enkelt sags processuelle sammenhæng. I Job Centre-sagen blev Tribunale civile e penale di Milano således præsenteret for en ansøgning om godkendelse af stiftelsesoverenskomsten for et handelsselskab inden for rammerne af den frivillige retspleje. Tribunales beslutning bestod i, at der blev truffet bestemmelse om indførelse i registeret, og det betød, at Domstolen erklærede, at der ikke havde foreligget nogen judiciel aktivitet. Kriteriet blev heller ikke anerkendt i Salzmann-sagen [59], hvor en østrigsk Bezirksgericht forelagde et præjudicielt spørgsmål som ansvarlig for førelsen af tingbogen. Domstolen nåede ligeledes frem til samme resultat i HSB-Wohnbau-sagen [60], hvor Amtsgericht Heidelberg deltog i sin egenskab af ansvarlig for handelsregisteret.

58. Retspraksis har imidlertid accepteret forelæggelser af den slags, som præsidenten for Tribunale di Torino foretog i en forenklet

55 — Svækkelsen af kravet om kontradiktion blev indledt i dom af 14.12.1971, sag 43/71, Politi, Sml. 1971 s. 319; org.ref.: Rec. s. 1039. I dom af 21.2.1974, sag 162/73, Birra Dreher, Sml. s. 201, lagde Domstolen i korte træk grunden til de mindre strenge kriterier, som betyder, at forelæggelser for Domstolen ikke nødvendigvis skal betinges af en kontradiktorisk sagsbehandling, som ender med, at den nationale domstol forelægger et præjudicielt spørgsmål.

56 — Dom af 21.3.2000, forenede sager C-110/98 — C-147/98, Gabalfrisa m.fl., Sml. I, s. 1577, præmis 37, og De Coster-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 53, præmis 14.

57 — Forslag til afgørelse, nævnt ovenfor i fodnote 53, punkt 29-38.

58 — Dommen nævnt ovenfor i fodnote 46.

59 — Dom af 15.5.2003, sag C-300/01, Salzmann, Sml. I, s. 4899.

60 — Kendelse af 10.7.2001, sag C-86/00, HSB-Wohnbau, Sml. I, s. 5353.

procedure, hvor der ikke forelå nogen uenighed mellem parter, og som blev afgjort ved »dekret« [61]. De italienske Pretori udøver også en dømmende funktion, når de forener funktionen som forundersøgelsesdomstol med funktionen som anklagemyndighed, sådan som det var tilfældet i sagerne X og Pretore di Salò [62]. Domstolen har også taget hensyn til den kendsgerning, at en afgørelse reelt ligger i hænderne på en retsinstans, selv om beslutningen formelt tilkommer en politisk instans. Dette var tilfældet i Garofalo-sagen [63], hvor der skulle tages stilling til, om den italienske Consiglio di Stato overholdt artikel 234 EF, da den afgav en udtalelse inden for rammerne af en ekstraordinær rekurs, hvis afgørelse formelt skal vedtages af præsidenten for Den Italienske Republik. Desuden er visse retter, som udøver en rådgivende funktion, og som ikke træffer bindende afgørelser, blevet anset for egnede til at forelægge præjudicielle spørgsmål, hvilket er på linje med resultatet i sagerne Österreichischer Gewerkschaftsbund [64] og Felix Swoboda [65]. Senest har Domstolen i Santesteban Goicoechea-sagen [66], i forbindelse med afsigelsen af sin anden præjudicielle dom efter den præjudicielle hasteprocedure, imødekommet forelæggelsen fra afdelingerne for straffesager ved de franske appelretter. Ifølge det franske Conseil d'État udøver disse organer en administrativ kompetence, når de, som det var tilfældet i den pågældende sag, udtaler sig om en udleveringsbegæring. I sin gennemgang koncentrerede Domstolen sig om, hvorvidt de nævnte organers domsafsigelser var bindende, og lagde ikke så meget vægt på, at deres afgørelser ikke havde judiciel karakter [67].

59. Selv når omstændighederne ikke gør det muligt at konstatere, at organet har en dømmende funktion, har Domstolen i Job Centre-dommen indført en særlig undtagelse. Efter at have afvist, at Tribunale di Milano var kompetent, idet den udelukkende havde administrativ funktion, tilføjede Domstolen nemlig efterfølgende, at »kun i det tilfælde, hvor den person, der ifølge den nationale lovgivning er berettiget til at ansøge om godkendelse, anlægger sag til prøvelse af en afgørelse, hvorefter registrering nægtes, kan den ret, ved hvilken sagen anlægges, anses for i artikel [234]'s forstand at udøve en judiciel funktion, hvis formål er annullation af en akt, der krænker en af sagsøgerens rettigheder« [68]. Denne ændring i retspraksis har et prisværdigt formål, for hvis man afviser det præjudicielle spørgsmål i pseudojudicielle sager, løber man den risiko, at appelsystemet mod retsinstansens afgørelser kommer til at have lige så atypiske træk. I så fald ville spørgsmålet aldrig nå frem til Domstolen, uanset hvor vigtigt dette ville være for sagen og for sammenhængen i Fællesskabets retssystem.

60. Domstolen har anvendt denne undtagelse i Cartesio-sagen [69], hvor den regionale domstol Szegedi Ítélőtábla (Ungarn) forelagde et præjudicielt spørgsmål i en appelsag mod en handelsrets afvisning af indførelse i et register. På trods af, at sagen i første instans ikke havde karakter af en kontradiktorisk procedure, og at afgørelsen heller ikke havde judiciel karakter, vurderede Domstolen, at der i appelsagen, på trods af de processuelle særegenheder, var tilstrækkelige grunde til, at undtagelsen i Job Centre-dommen kunne

61 — Politi-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 55.
62 — Dom af 5.5.1977, sag 110/76, Pretore di Cento mod X, Sml. s. 851 og af 11.6.1987, sag 14/86, Pretore di Salò mod X, Sml. s. 2545, præmis 7.
63 — Dom af 16.10.1997, forenede sager C-69/96 — C-79/96, Garofalo m.fl., Sml. I, s. 5603, præmis 19-26.
64 — Dom af 30.11.2000, sag C-195/98, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Sml. I, s. 10497, præmis 24-30.
65 — Dom af 14.11.2002, sag C-411/00, Felix Swoboda, Sml. I, s. 10567, præmis 25-27.
66 — Dom af 12.8.2008, sag C-296/08 PPU, Santesteban Goicoechea, Sml. I, s. 6307.
67 — Ibidem, præmis 36.
68 — Job Centre-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 11.
69 — Cartesio-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 58-60.

finde anvendelse. Det skal bemærkes, at sagerne i de to instanser blev behandlet ved forskellige domstole, som havde tydelige processuelle særegenheder, og at selskabet Cartesio var den eneste part i sagen. Alligevel anerkendte Domstolen appelrettens kompetence til at forelægge det præjudicielle spørgsmål, således at Domstolen kunne besvare de tvivlsspørgsmål, der var opstået i sagen.

3. Anvendelsen af retspraksis på den foreliggende sag

61. Det fremgår af forelæggelseskendelsen og den nationale lovgivning, der finder anvendelse på hovedsagen, at Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier behandler et prøvelsessøgsmål mod en afgørelse om foranstaltninger truffet af justitssekretæren ved samme domstol, hvori en anmodning om forkyndelse af udenretslige dokumenter blev afvist. Det skal afklares, om der er belæg for at foretage realitetsbehandling i lyset af to af hinanden uafhængige aspekter: På den ene side, hvorvidt sagen er kontradiktorisk, og på den anden side, om den forelæggende rets eventuelle beslutning har judiciel karakter.

a) Kontradiktionsprincippet i den foreliggende sag

62. Prøvelsessøgsmålet blev anlagt af Roda Golf mod en justitssekretærs afgørelse, som forhindrede selskabet i at anvende forordning nr. 1348/2000. Afgørelsen havde dermed direkte indvirkning på selskabets retsstilling. Gennem brugen af forordningen fremskyndes forkyndelsen af retslige og udenretslige dokumenter netop for at sikre beføjelser og rettigheder for dem, der enten er kompetente eller forpligtede til at forkynde visse retsakter. Det kan således konstateres, at Roda Golf har en direkte interesse i at prøve afgørelsen ved domstolene.

63. Under behandlingen af prøvelsessøgsmålet pådømmer den forelæggende ret ligeledes kun, om der er sket en overtrædelse af »nogen lovbestemmelse« (artikel 224.2 i LEC). Den afgørelse, der løser appelsagen, bekræfter eller afviser en retsopfattelse. Således pådømmer retten en sag, som på forhånd er blevet afgrænset i Roda Golfs stævning.

64. Endelig er prøvelsessøgsmålet reguleret i den civilretlige lovgivning vedrørende revision af kendelser, retsbeslutninger og, undtagelsesvis, afgørelser om foranstaltninger. Denne type søgsmål er omfattet af de generelle regler om søgsmål og af de principper, der ligger til grund for en effektiv retlig prøvelse [70]. Den forelæggende ret skal værne om alle de proceduremæssige garantier, som Roda Golf har krav på i forbindelse med et hvilket som helst retsmiddel, der gøres gældende ved de civile domstole i Spanien.

70 — I. Díez-Picazo og A. de la Oliva Santos, *Derecho procesal civil..., op. cit.*

65. Følgelig skal hovedsagen anses for kontradiktorisk hvad angår forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål.

b) Den judicielle karakter af den forelæggende rets funktion i den konkrete sag

66. Da justitssekretæren traf den afgørelse om foranstaltninger, som anfægtes i hovedsagen, handlede han ikke med domstolsmyndighed. De opgaver, der påhviler en person, som er ansvarlig for at støtte en domstols dommere, medfører ikke, at denne får egenskab af en retsinstans. Det er ikke uden grund, at dennes beslutninger kan begæres genoptaget ved en hierarkisk overordnet myndighed, sådan som det fremgår af artikel 224 i LEC. Det ville desuden være i strid med retspraksis fra Job Centre-dommen, hvis forelæggelsen stammede fra et søgsmål, hvis eneste formål var forkyndelse af dokumenter i henhold til forordning nr. 1348/2000. De instrumenter, som indføres ved denne forordning, har nemlig som formål at kontrollere en civilretlig sags korrekte forløb, men ikke sagen i sig selv.

67. I den foreliggende sag er der imidlertid mulighed for at anvende undtagelsen i Job Centre-dommen, i henhold til hvilken det præjudicielle spørgsmål skal antages til behandling, hvis forelæggelsen opstår på baggrund af en potentiel retssag, selv om den udspringer af en kompetence, der ikke har judiciel karakter. Som jeg netop har nævnt, har retten i San Javier ikke domstolsmyndighed i den aktuelle sag, dels på grund af den myndighed, der i første omgang behandlede søgsmålet, og dels på grund af sagens genstand. Ved at forelægge sit præjudicielle spørgsmål i forbindelse med et prøvelsessøgsmål udøver den forelæggende ret imidlertid en »judiciel funktion, hvis formål er annullation af en akt, der krænker en af sagsøgerens rettigheder« [71].

68. Som jeg har fremført, er prøvelsessøgsmålet et anfægtelsesinstrument i den spanske civillovgivning, som rubriceres under de retsmidler, der ikke har overførende virkning. Det behandles nemlig af det samme organ, som traf den afgørelse, der anfægtes. Området reguleres ikke kun af de specifikke regler, men også af de generelle bestemmelser i LEC. Som jeg har redegjort for i punkt 62-64 i dette forslag til afgørelse, understøttes dette argument af den kendsgerning, at retsmidlet kan anvendes, hvis der foreligger formodning om en direkte interesse, hvis sagens genstand er tydeligt defineret, og der tages fuldkomment hensyn til de proceduremæssige garantier.

69. Således har den anvendte kompetence judiciel karakter med hensyn til forelæggelsen af det præjudicielle spørgsmål.

71 — Job Centre-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 46, præmis 11.

4. Konklusion

70. På baggrund af ovenstående gennemgang, hvorunder det er påvist, at der foreligger kontradiktion i hovedsagen, og at organets udøvede funktion var af judiciel karakter, anbefaler jeg Domstolen at afvise Kommissionens anden formalitetsindsigelse.

VI — Det præjudicielle spørgsmål

71. Med forordning nr. 1348/2000 forsøgte man at forbedre det indre marked, idet man var klar over, at effektivitet og hurtighed i forbindelse med fremsendelsen af retslige og udenretslige dokumenter er medvirkende til at styrke formålet med traktaterne. Initiativet var ikke nyt, for allerede i 1960'erne blev Haagerkonventionen fra 1965 vedtaget i forbindelse med Haagerkonferencen. Konventionen omhandlede netop dette emne og er på nuværende tidspunkt blevet ratificeret af de fleste medlemsstater i EU [72]. Amsterdamtraktaten spændte ben for ikrafttrædelsen af en konvention baseret på den tidligere artikel K.3 EU, som ligeledes vedrørte forkyndelser [73]. Dens indhold blev imidlertid reddet af den forordning, som nu skal fortolkes af Domstolen.

72. Som det fremgår af titlen, omhandler forordning nr. 1348/2000 forkyndelse af retslige og udenretslige dokumenter, om end med en begrænsning til civile og kommercielle sager. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier ønsker en præcis definition af »udenretsligt dokument«, da retten er i tvivl om, hvorvidt et notarielt forkyndelses- og påkravsdokument med begæring om levering af seksten skrivelser med information om ophævelse af en købsaftale, hører ind under denne kategori.

73. De skriftlige indlæg, som er indgivet i nærværende præjudicielle sag, følger to forskellige linjer, der nogle gange løber sammen. På den ene side forsvarer to medlemsstater, at de udenretslige dokumenter kun kan forkyndes i henhold til forordning nr. 1348/2000, hvis der er indledt en retssag. Da der i sagen fra San Javier endnu ikke er indledt en ordinær anerkendelsesprocedure, foreslår de to stater, at Domstolen begrænser muligheden for at forkynde disse dokumenter til situationer, hvor der foreligger en retssag, og dermed skulle den spanske domstols tvivlsspørgsmål være besvaret. På den anden side fastholder flertallet af stater, såvel som Kommissionen og sagsøgeren i hovedsagen, at forordning nr. 1348/2000 omfatter forkyndelsen af udenretslige dokumenter, selv når der endnu ikke er indledt en retssag. De baserer deres argument på samme forordnings artikel 16, som regulerer denne type dokumenter.

74. Den forelæggende ret har stillet to spørgsmål, og det afspejler sig i de påstande, der er fremført i sagen. Der er en tydelig kontinuitet mellem de to spørgsmål, selv om

72 — Konventionen af 15.11.1965 om forkyndelse i udlandet af retslige og udenretslige dokumenter i sager om civile eller kommercielle spørgsmål. Det fremgår af databaserne i Haagerkonferencen om International Privatret, at Østrig og Malta i dag er de eneste lande i EU, der ikke har ratificeret konventionen.

73 — Konvention udarbejdet på grundlag af artikel K.3 i traktaten om Den Europæiske Union om forkyndelse i Den Europæiske Unions medlemsstater af retslige og udenretslige dokumenter i civile eller kommercielle anliggender, underskrevet den 26.5.1997 (EFT C 261, s. 2).

de er af forskellig natur. Derfor foreslår jeg Domstolen at benytte samme fremgangsmåde, så den i første omgang undersøger, om forordning nr. 1348/2000 tillader forkyndelse af udenretslige dokumenter, hvis der ikke er indledt en retssag, og dernæst foretager en officiel fortolkning af »udenretsligt dokument«, som i modsætning til de retslige dokumenter ikke er defineret i den nævnte forordning.

A — *De udenretslige dokumenters processuelle sammenhæng og den nødvendige eksistens af en tvist*

75. Kongeriget Spanien og Den Slovakiske Republik er af den klare overbevisning, at de udenretslige dokumenter reguleres af forordning nr. 1348/2000, hvis deres fremsendelse og forkyndelse viser sig at blive nødvendig i løbet en retssag, også selv om de stammer fra en udenretslig sammenhæng. Dette udledes af de funktioner, som en domstol almindeligvis udøver i henhold til medlemsstaternes traditioner, samt af den ordrette fortolkning af betragtningerne i forordning nr. 1348/2000.

76. Sjette betragtning vedrører en »effektiv og hurtig afvikling af de civilretlige procedurer«, idet det fremhæves, at fremsendelsen af retslige og udenretslige dokumenter skal foregå »direkte og ved hjælp af hurtige midler«. Det kan af denne erklæring udledes, at forordningen har til hensigt at forbedre procedurerne ved at stille et grænseoverskridende instrument til rådighed. Anvendelsesområdet for forordning nr. 1348/2000 ville således være begrænset til fremsendelse og forkyndelse af udenretslige dokumenter i en verserende sag for en national domstol.

77. Kommissionens påstand om, at et udenretsligt dokument får karakter af et retsligt dokument fra det tidspunkt, hvor det indgår i sagens akter, kan ikke godtages [74]. I løbet af en retssag kan det undertiden være nødvendigt at ty til forordning nr. 1348/2000 for at forkynde eksempelvis notarialakter eller selskabsbeslutninger, men den omstændighed betyder ikke, at disse dokumenter derved opnår status af retslige dokumenter, blot fordi de vedlægges akterne i en sag, som en domstol skal afgøre. Til gengæld er Kommissionen mere overbevisende, når den hævder, at en så væsentlig begrænsning af anvendelsesområdet for forordning nr. 1348/2000 burde have været udtrykkeligt nævnt i dens tekst. En bred fortolkning af en betragtning er måske ikke det mest egnede instrument til at underbygge Kongeriget Spaniens og Den Slovakiske Republiks standpunkt, slet ikke når der findes andre mere tungtvejende argumenter for at støtte den modsatte holdning.

78. Artikel 65 EF udgør retsgrundlaget for forordning nr. 1348/2000. De afledte retsakter, som kan vedtages i henhold hertil, er »foranstaltninger vedrørende samarbejde om civilretlige spørgsmål med grænseoverskridende virkninger«, så længe disse bidrager til

74 — Punkt 45 i Kommissionens bemærkninger.

»det indre markeds funktion«. Ved at henvise til forkyndelse eller fremsendelse af retslige og udenretslige dokumenter tilføjer den nævnte artikel intet til støtte for dem, der mener, at der skal foreligge en verserende tvist. Tværtimod kræver forordning nr. 1348/2000 snarere fleksibilitet, hurtighed, effektivitet og en letflydende cirkulation af dokumenter, hvad enten de er retslige eller udenretslige, uden at det på noget tidspunkt kræves, at de skal være en del af en sags akter. Sjette betragtning er muligvis affattet for at gøre særlig opmærksom på relevansen af en smidig overførelse af akter under retslige procedurer, men det betyder ikke, at den udelukker andre situationer [75].

79. På samme måde understøttes en bred fortolkning af anvendelsesområdet for forordning nr. 1348/2000 af den juridiske ordliste, som Kommissionen har udarbejdet. Ordlisten er ikke udtømmende, men viser til gengæld tydeligt, hvor forskelligartede de enkelte medlemsstaters dokumenttyper er. Eksempelvis anses belgiske, tyske og ungarske notarialakter for udenretslige dokumenter. Portugal har fremlagt en udtømmende liste over private retsakter, herunder opgivelse af fordringer, en selskabsadministrators tilbagetræden eller fusioner og virksomhedsovertagelser. I Det Forenede Kongerige anses »retsdokumenter, som skal forkyndes i tilslutning til enhver ikke-retslig, civil eller kommerciel sag«, for udenretslige dokumenter. Det mest interessante tilfælde er dog Østrig, hvor der ved udenretslige dokumente forstås dokumenter »til sikring, gennemtvingelse eller imødegåelse af et civilretligt eller handelsretligt krav, *dog uden for en civilretlig procedure*« [76].

80. På baggrund af det ovenstående kan det konkluderes, at de udenretslige dokumenter i henhold til forordning nr. 1348/2000 ikke er begrænset til dem, der udgør en del af en retssags akter, men at de også omfatter dokumenter, der skal forkyndes, uden at der nødvendigvis foreligger en retssag. Jeg er klar over, at en forhastet fortolkning ville kunne føre til et misbrug, som ville overbelaste de nationale domstoles operative kapacitet. Denne bekymring retfærdiggør imidlertid ikke en begrænsning af anvendelsesområdet for forordning nr. 1348/2000. Der bør snarere tages hensyn til den i forbindelse med definitionen af begrebet »udenretsligt dokument«, hvilket jeg i det følgende vil komme ind på.

B — *Definitionen af »udenretsligt dokument« i henhold til forordning nr. 1348/2000*

81. Samtlige medlemsstater, der har afgivet indlæg i denne præjudicielle sag, mener, at det påhviler de nationale lovgivere at definere begrebet »udenretsligt dokument« i henhold til artikel 16 i forordning nr. 1348/2000. Mens nogle stater, såsom Letland og Tyskland, taler

75 — Om vigtigheden af forordning nr. 1348/2000 for at beskytte formålene med de retsmidler, der omhandles i artikel 65 EF, se N. Marchal Escalona, *El nuevo régimen de la notificación en el espacio judicial europeo,* Ed. Comares, Granada, 2002, s. 7-9.

76 — Min fremhævelse.

for en overladelse af spørgsmålet i sin helhed til den nationale lovgiver, støtter andre stater, som f.eks. Den Tjekkiske Republik, Ungarn, Polen, Spanien, Grækenland og Italien, en mere nuanceret tilgang og foreslår nogle generelle kriterier med henblik på at give indhold til dette fællesskabsbegreb. Samtidig understreger de dog, at hvert enkelt land har en vis frihed til at definere begrebet.

82. Til løsning af denne vanskelige situation [77] finder jeg det hensigtsmæssigt at søge inspiration i Domstolens retspraksis, nærmere bestemt i den spirende doktrin vedrørende forordning nr. 1348/2000. Her finder vi nogle nyttige betragtninger. I Leffler-sagen [78] behandlede Domstolen den første forelæggelse om fortolkning af denne tekst. Sagen handlede om konsekvenserne af, at adressaten for et dokument, der blev forkyndt i henhold til forordning nr. 1348/2000, nægtede at modtage dette. Påstanden om, at konsekvenserne af en sådan nægtelse reguleres af de enkelte nationale lovgivninger, blev blankt afvist af Domstolen under henvisning til risiciene ved en fragmenteret fortolkning af forordningen. Med udgangspunkt i, at Amsterdamtraktaten havde givet »en ny dimension« [79] til instrumenterne i det nuværende afsnit IV i EF-traktaten, erklærede Domstolen, at en sådan omstændighed bevidner »medlemsstaternes vilje til at forankre sådanne foranstaltninger i Fællesskabets retsorden *og til derved at knæsætte princippet om disse foranstaltningers selvstændige fortolkning*« [80]. Det blev desuden fremhævet i dommen, at det forhold, at man valgte at anvende en forordning frem for et direktiv, som oprindeligt foreslået af Kommissionen, »viser, hvilken betydning fællesskabslovgiver tillægger den umiddelbare *og ensartede anvendelse* af den nævnte forordnings bestemmelser« [81]. I Weiss und Partner-dommen [82] nåede man frem til samme resultat, idet den ensartede anvendelse af forordning nr. 1348/2000 atter blev understreget i forbindelse med diskussionen om følgerne af at nægte at modtage en forkyndelse [83].

83. På denne baggrund tror jeg ikke, at artikel 16 i forordning nr. 1348/2000 betingelsesløst overlader det til den nationale lovgivning at fastsætte betydningen af fællesskabsbegrebet »udenretsligt dokument«. En henvisning af denne kaliber ville fremgå af forordningens tekst, men en sådan hensigt kan hverken udledes af dens bestemmelser eller historiske baggrund. Det kan diskuteres, hvor høj en grad af ensartethed der tilstræbes i

77 — Det er et følsomt område, men overraskende nok er der alligevel nogen, der anser det for irrelevant. I D.H. Sharma, *Zustellungen im Europäischen Binnenmarkt,* Ed. Dunker & Humblot, Berlin, 2003, s. 84, fastslås det fejlagtigt i analysen, at genstanden for den aktuelle sag ikke burde fremkalde bekymring eller tvivl om effektiviteten af forordning nr. 1348/2000. Den kendsgerning, at ni medlemsstater har udtalt sig i nærværende sag, og at de har vidt forskellige holdninger, viser imidlertid, at forelæggelsen har givet anledning til markante reaktioner.

78 — Dom af 8.11.2005, sag C-443/03, Leffler, Sml. I, s. 9611.

79 — Ibidem, præmis 45.

80 — Præmis 45, min fremhævelse.

81 — Præmis 46, min fremhævelse.

82 — Dom af 8.5.2008, sag C-14/07, Weiss und Partner, Sml. I, s. 3367.

83 — I sit forslag til afgørelse af 28.6.2005 i Leffler-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 78, punkt 63, advarer generaladvokat Stix-Hackl om, at forordningen tilstræber, at de retlige virkninger af rettigheder på grundlag af forordningen tilnærmes i videst muligt omfang. »Det synes derfor meget lidt konsekvent at søge »tilflugt« i national ret for at udfylde eventuelle lovgivningslakuner.«

forordningen, men medlemsstaterne kan ikke bare manipulere fortolkningen af artikel 16 i forordning nr. 1348/2000 efter eget forgodtbefindende.

84. Artiklens affattelse lader til at have en vis tvetydighed. Den foreskriver kun, at udenretslige dokumenter kan fremsendes med henblik på forkyndelse i en anden medlemsstat i overensstemmelse med bestemmelserne i denne forordning. Denne sproglige begrænsning står i kontrast til de 14 foregående artikler, hvor der foretages en detaljeret gennemgang af retslige dokumenters fremsendelse og forkyndelse.

85. På dette punkt er jeg enig med Den Tjekkiske Republik i dens opfattelse af, at et udenretsligt dokument skal defineres »på grundlag af lovgivningen i oprindelsesstaten, fortolket i lyset af forordningens formål og de almindelige principper, der kan udledes af de nationale retsordener under ét« [84]. Dette er den mest korrekte tilgangsvinkel til nærværende sag, idet man i forordning nr. 1348/2000 har ønsket at drage nytte af de enkelte medlemsstaters erfaringer ved behandlingen af denne type dokumenter. Den ordliste, som Kommissionen har udarbejdet, afspejler disse nationale forskelligheder og opstiller retningslinjer, ikke kun for de dokumenter, der er opregnet i ordlisten, men også for dem, der ikke findes deri, men som ud fra en systematisk analyse alligevel er omfattet af forordning nr. 1348/2000. I den nævnte artikel 16 anerkendes, at begrebet »udenretsligt dokument« har en fællesskabsdimension, om end medlemsstaterne samtidigt tildeles en vigtig rolle: At levere en model, der sikrer, at fællesskabsbegrebet kommer til at omfatte alle de dokumenter, som i henhold til medlemsstaternes traditioner kan have udenretslig karakter [85].

86. Jeg opfordrer derfor Domstolen til at formulere en definition af »udenretsligt dokument« i henhold til forordning nr. 1348/2000, som både respekterer og er forenelig med de forskelligartede nationale domstolsordninger og forordningens formål.

87. En første ledetråd til, hvordan denne type dokumenter kan defineres, finder vi i de retsakter, der er gået forud for forordning nr. 1348/2000. Den vigtigste forgænger er den allerede nævnte Haagerkonvention fra 1965, som er tiltrådt af langt størstedelen af medlemsstaterne i Den Europæiske Union, og som Domstolen støttede sig på i Weiss und Partner-sagen [86]. Til forskel fra den omstridte forordning definerer konventionen begrebet »udenretsligt dokument« i artikel 17, ifølge hvilken dette omfatter akter, »som stammer

84 — Skriftlige bemærkninger fra Den Tjekkiske Republiks regering, punkt 8.

85 — L.A. Scarano, »Il Regolamento CE n. 1348/2000 sulle notifiche internazionali intracomunitarie«, i I. Ambrosi og L.A. Scarano, »*Diritto Civile Comunitario e Cooperazione Giudiziaria Civile*«, Ed. Giuffrè, Milano, 2005, s. 105 og 106.

86 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 82, præmis 52.

fra myndigheder eller stævningsmænd i en kontraherende stat«. Ifølge denne konvention ville det således kun være offentlige dokumenter, der kunne have udenretslig karakter [87].

88. Et andet interessant fortilfælde er konventionen fra 1997 om forkyndelse af retslige og udenretslige dokumenter, som blev udarbejdet på grundlag af den tidligere artikel K.3 i traktaten om Den Europæiske Union, og som aldrig nåede at træde i kraft. Som jeg allerede har fremhævet, arvede forordning nr. 1348/2000 bestemmelserne i den ufuldbårne konvention, herunder den gældende artikel 16. Udkastet til konventionen indeholdt imidlertid en forklarende rapport, som er særdeles interessant, og som også blev anvendt af Domstolen i Weiss und Partner-sagen [88]. I bemærkningen til artikel 1 erkendte rapporten, at det er vanskeligt at give en præcis definition af »udenretslige dokumenter«. Ikke desto mindre blev det efterfølgende tilføjet, at disse omfatter »dokumenter udarbejdet af en stævningsmand, f.eks. notarialakter, eller dokumenter udarbejdet af en officiel myndighed i medlemsstaten eller dokumenter, der som følge af deres art eller betydning gør det berettiget, at de fremsendes og forkyndes for modtagerne efter en officiel procedure«. Definitionen er bredere end i Haagerkonventionen, for den begrænser sig ikke til de udenretslige dokumenter, der udstedes af offentlige myndigheder. Tværtimod dækker den også andre typer dokumenter, som har rent privatretlig karakter, men som er særligt relevante i retslige mellemværender.

89. Kommissionens ordliste viser sig også at være nyttig. Den omfatter en række meget forskellige dokumenter, som dog alle har nogle fælles træk. I lyset af denne uensartethed foreslår jeg Domstolen at undersøge definitionen af »udenretslige dokumenter« i henhold til forordning nr. 1348/2000, idet den tager hensyn til tre centrale træk, som fremgår af eksemplerne i ordlisten.

90. For det første omfatter dette begreb de dokumenter, som har været genstand for en myndigheds mellemkomst eller en offentlig akt. Ved »myndighed« forstås her en anden myndighed end retsinstanserne i den udstedende medlemsstat, og som har handlet under udøvelse af offentlige funktioner. Med termen »mellemkomst« menes, at dokumentet kan stamme fra den pågældende myndighed, eller at dets indhold er blevet godkendt via en offentlig erklæring [89]. Ligeledes forstås ved mellemkomsten af en »offentlig akt«, at der

87 — I vejledningen til konventionen af 1965, som er udarbejdet af det permanente bureau i Haagerkonferencen om International Privatret, nævnes eksempler på udenretslige dokumenter i henhold til traktatens artikel 17: »extrajudicial documents include […] demands for payment, notices to quit in connection with leaseholds or contracts of employment, protests with respect to bills of exchange and promissory notes, provided that they are issued by an authority of huissier. Objections to marriage, consents for adoption, and acceptances of paternity are also in this class insofar as they imply compliance with certain formalities«. *Practical Handbook on the Operation of The Hague Service Convention*, Permanent Bureau — Hague Conference, Ed. Wilson & Lafleur Ltée, Montreal, 2006, s. 30. Det bemærkes, at kravet om, at dokumentet skal have offentlig karakter, til en vis grad relativiseres i den sidste sætning, om end en myndighed altid skal have været involveret.

88 — Dom nævnt ovenfor i fodnote 82, præmis 53 og 54. Det er bemærkelsesværdigt, at Domstolen så kategorisk afviste, at denne rapport kunne anvendes til fortolkning i Leffler-sagen, som var den første sag vedrørende forordning (EF) nr. 1348/2000. Således fastslog Domstolen i præmis 43, at det ikke over for denne fortolkning kunne »gøres gældende, at virkningerne af en nægtelse af at modtage dokumentet skal afgøres efter national ret. De kommentarer, der fremgår af den forklarende rapport om konventionen […] kan ikke gøres gældende til støtte herfor«. Formålet med denne udtalelse var, at Domstolen ville undgå, at de enkelte medlemsstater fortolkede forordningen forskelligt.

89 — D.H. Sharma, *Zustellungen …, op. cit.*, s. 84.

findes udenretslige dokumenter, hvis officielle karakter ikke hidrører fra en enkeltmands- eller kollegial myndighed, men derimod fra en retsakt. Der findes således dokumenter, hvis virkninger — som er tildelt direkte ved lov — er så betydningsfulde for den nationale retsorden, at de bør kunne fremsendes og forkyndes i henhold til forordning nr. 1348/2000. Den forklarende rapport til konventionen af 1997 refererer til disse akter, når den nævner »dokumenter, der som følge af deres art eller betydning gør det berettiget, at de fremsendes og forkyndes for modtagerne efter en officiel procedure«.

91. For det andet får denne type dokumenter specifikke og forskelligartede retsvirkninger, som følge af, at de opfylder visse formelle betingelser. Det er således ikke ethvert udenretsligt dokument, der blot på grund af en mellemkomst opnår en anden karakter, end det ellers ville have haft, hvis ikke det havde været genstand for en offentlig myndigheds mellemkomst. Det kan i den nationale retsorden være pålagt personer at henvende sig til myndighederne med det formål at styrke visse dokumenters værdi og dermed skabe stabilitet og sikkerhed i de retslige forhold. Hvis den offentlige mellemkomst derimod viser sig at være uden betydning for dokumentets retsvirkning, mener jeg ikke, at der er tale om et »udenretsligt dokument« i henhold til forordning nr. 1348/2000. For den aktuelle sag betyder dette, at hvis ophævelsen af en købsaftale meddeles ved hjælp af et privat brev eller via en offentlig mellemkomst, som resulterer i den formaliserede oprettelse af et notarielt forkyndelses- og påkravsdokument, ville det kunne ændre dokumentets karakter i væsentlig grad [90].

90 — I D.H. Sharma, *Zustellungen ..., op, cit.*, s. 84, nævnes som eksempel på et udenretsligt dokument ophævelsen af en privat kontrakt.

92. For det tredje er det for at opretholde overensstemmelsen med forordningens hovedformål, som i det væsentligste går ud på at sikre et effektivt og hurtigt retligt samarbejde inden for Fællesskabet, nødvendigt, at det pågældende udenretslige dokument fungerer som understøttelse for en påstand i en eventuel retssag. Der er nødt til at være et mindstemål af sammenhæng mellem fremsendelsen og forkyndelsen på den ene side og iværksættelsen af mekanismerne i forordning nr. 1348/2000 på den anden. I modsat fald ville de nationale domstole blive forvandlet til kurertjenester for parter, der end ikke har indledt en sag. Denne risiko bør Domstolen tage højde for ved at indarbejde denne tredje forudsætning i definitionen på »udenretsligt dokument«.

93. Følgelig mener jeg, at udenretslige dokumenter er de dokumenter, der for det første har været genstand for en offentlig myndigheds medvirken eller en offentlig akt, for det andet har opnået særlige retsvirkninger af andet indhold som følge af den offentlige medvirken eller akt, og for det tredje har til formål at støtte en påstand under en eventuel retssag. Det påhviler den nationale domstol at afklare, om et notarielt forkyndelses- og påkravsdokument, der har til hensigt at meddele ophævelsen af en aftale om køb af en ejendom, udgør et »udenretsligt dokument« i lyset af de tre nævnte betingelser.

VII — Forslag til afgørelse

94. I betragtning af det ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 5 de San Javier på følgende måde:

»1) »Udenretslige dokumenter« i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 1348/2000 af 29. maj 2000 om forkyndelse i medlemsstaterne af retslige og udenretslige dokumenter i civile og kommercielle sager er ikke kun begrænset til de dokumenter, der udgør en del af en sags akter, men omfatter også de dokumenter, der skal forkyndes, uden at der nødvendigvis foreligger en retssag.

2) I henhold til forordning nr. 1348/2000 forstås ved »udenretslige dokumenter« dokumenter, der for det første beror på en offentlig myndigheds medvirken eller en offentlig akt, for det andet har opnået særlige retsvirkninger af andet indhold som følge af den offentlige medvirken eller akt, og for det tredje har til formål at støtte en påstand under en eventuel retssag.

3) Det påhviler den nationale domstol at afklare, om et notarielt forkyndelses- og påkravsdokument, der er udfærdiget for at give meddelelse om ophævelsen af en aftale om køb af fast ejendom, udgør et »udenretsligt dokument« i lyset af de tre nævnte betingelser.«