FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 10. marts 1993 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. Landgericht Hamburg har ønsket oplyst, om fællesskabsretten, navnlig i kraft af det herved indførte princip om fri udveksling af tjenesteydelser, er til hinder for, at det kræves, at der stilles sikkerhed for sagsomkostninger, således som det fremgår af bestemmelsen i § 110, stk. 1, i Zivilprozeßordnung (den tyske lov om den borgerlige retspleje).

2. Parterne i hovedsagen er på den ene side Anthony Hubbard, der som »solicitor« virker som eksekutor testamenti for hr. Karsten, og som har bopæl i Det Forenede Kongerige, og på den anden side Peter Hamburger, der har bopæl i Tyskland, og som af arvelader ifølge det oplyste har fået fuldmagt til dennes bankkonti [1].

3. Som sagsøgt i hovedsagen har Peter Hamburger over for sagsøgeren påberåbt sig § 110, stk. 1, i Zivilprozeßordnung, der har følgende ordlyd:

»Udenlandske statsborgere, der optræder som sagsøgere, skal på begæring af sagsøgte stille sikkerhed for sagsomkostninger ...«.

4. Kun i kraft af en gensidighedsklausul kunne sagsøgeren have undgået at stille sikkerhed, jf. § 110, stk. 2. En sådan klausul gælder imidlertid ikke fuldt ud i forholdet mellem Det Forenede Kongerige og Tyskland, uanset at der på området er indgået to internationale aftaler, som de to medlemsstater er deltagere i.

5. Den første aftale er den tysk-britiske Abkommen über den Rechtsverkehr af 20. marts 1928 [2], som på ny trådte i kraft med virkning fra den 1. januar 1953 [3]. I henhold til den nævnte aftale er en britisk sagsøger kun fritaget for at stille sikkerhed, såfremt han har bopæl i Tyskland. Anthony Hubbard bor imidlertid i Det Forenede Kongerige.

6. Den anden aftale, den europæiske bosættelseskonvention, undertegnet i Paris den 13. december 1955 [4], bestemmer i kapitlet om retslige og forvaltningsmæssige garantier:

»En kontraherende parts statsborgere, der optræder som sagsøgere eller intervenienter for domstolene i et andet deltagende land end det, i hvilket de er statsborgere, og som har bopæl eller sædvanligt opholdssted på en af parternes område, skal ikke kunne afkræves nogen sikkerhedsstillelse eller noget depositum under henvisning til, at de er udlændinge ...« [5].

* Originalsprog: fransk.

1 — Kommissionens indlæg, på s. 2 i den franske oversættelse.

2 — RGBl. II, s. 623.

3 — BGBl. II, s. 116.

4 — BGBl. 1959 II, s. 998.

5 — Artikel 9.

Bestemmelsen gælder imidlertid ikke for statsborgere i Det Forenede Kongerige, idet denne stat har taget forbehold på det punkt.

7. Da den forelæggende ret hverken i medfør af national ret eller ovennævnte aftaler kunne undlade at bringe § 110, stk. 1, i Zivilprozeßordnung i anvendelse, har retten anmodet Domstolen at tage stilling til, om den nævnte bestemmelse er forenelig med fællesskabsretten.

8. De fire spørgsmål, der er forelagt, og som er gengivet i den refererende dommers rapport [6], rejser reelt to problemer. Det første drejer sig om, hvorvidt den pågældende nationale bestemmelse opfylder betingelserne med hensyn til retten til fri udveksling af tjenesteydelser, således som denne nærmere er fastlagt i traktatens artikel 59 og 60 (første spørgsmål), og, mere generelt, om det i traktatens artikel 7 fastsatte forbud mod forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, er overholdt (tredje spørgsmål). Det andet problem drejer sig om, hvilken betydning de nævnte internationale aftaler (det andet spørgsmål) og den omstændighed, at tvisten materielretligt henhører under arveretten (det fjerde spørgsmål), har for anvendelsen af traktaten.

9. Jeg vil starte med det første problem.

10. Indledningsvis vil jeg bemærke, at Domstolen under en sag i henhold til traktatens artikel 177 ikke skal tage stilling til spørgsmålet, om forskrifterne i national ret er forenelige med bestemmelserne i fællesskabsretten, men skal forsyne den nationale retsinstans med ethvert bidrag til fortolkning af fællesskabsretten, således at den kan tage stilling til spørgsmålet om disse forskrifters forenelighed med de anførte fællesskabsbestemmelser [7].

11. Jeg vil først og kun her behandle spørgsmålet om anvendelsen af traktatens artikel 7. Inden for traktatens anvendelsesområde forbyder bestemmelsen såvel åbenlys som skjult forskelsbehandling begrundet i nationalitet [8].

12. I medfør af princippet om, at den specielle regel går forud for den generelle, kan artiklen

»kun anvendes selvstændigt på forhold omfattet af fællesskabsretten, for hvilke traktaten ikke indeholder særlige bestemmelser om forbud mod forskelsbehandling« [9].

13. Dette fremgår særligt klart af dommen af 2. februar 1989 i Cowan-sagen [10], hvori det hedder:

»Ifølge traktatens artikel 7 har forbuddet mod forskelsbehandling gyldighed 'inden for denne traktats anvendelsesområde' og gælder 'med forbehold af dennes særlige bestemmelser'. Det sidstnævnte udtryk henviser navnlig til de øvrige bestemmelser i traktaten, hvori anvendelsen af det generelle diskriminationsforbud konkretiseres nærmere i særlige

6 — Punkt 6.

7 — Jf. bl.a. dom af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 6.

8 — Jf. dom af 12.2.1974, sag 152/73, Sotgiu, Sml. s. 153, præmis 11.

9 — Dom af 30.5.1989, sag 305/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 1461, præmis 13.

10 — Sag C-186/87, Sml. s. 195.

tilfælde. Dette gælder f.eks. bestemmelserne om arbejdskraftens frie bevægelighed, etableringsretten *samt den frie udveksling af tjenesteydelser*« [11].

14. Hvis den omtvistede bestemmelse derfor er i strid med traktatens artikel 59, vil den således nødvendigvis også være i strid med traktatens artikel 7. Det er derfor i relation til spørgsmålet om den frie udveksling af tjenesteydelser, jeg vil fortsætte min behandling af dette problem.

15. For også at anvende et ræsonnement, Domstolen sædvanligvis anvender [12], må det først fastslås, om den pågældende aktivitet må betegnes som tjenesteydelse, dernæst, om den nationale retsforskrift begrænser den fri udveksling af denne tjenesteydelse, og endelig, om en sådan begrænsning ikke er begrundet ud fra et alment hensyn.

16. For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt den omtvistede virksomhed er en tjenesteydelse som omhandlet i traktatens artikel 59 og 60, skal jeg minde om den pragmatiske definition og de nærmere kendetegn for begrebet, der fremgår af dommen i Webb-sagen [13]:

»I medfør af traktatens artikel 60, stk. 1, betragtes de ydelser, der normalt udføres mod betaling, som tjenesteydelser i det omfang, de ikke omfattes af bestemmelserne vedrørende den frie bevægelighed for varer, kapital og personer ... [14].

... påbuddene i traktatens artikel 59 [er] blevet umiddelbart og ubetinget anvendelige ... [15].

Disse påbud indebærer, at enhver forskelsbehandling af tjenesteyderen på grundlag af dennes nationalitet eller på grund af, at han er etableret i en anden medlemsstat end den, hvor tjenesteydelsen skal udføre, skal afskaffes [16].

...

Traktatens artikel 60, stk. 3, skal ... gøre det muligt for tjenesteyderen at udøve sin virksomhed i den medlemsstat, hvor ydelsen præsteres, uden forskelsbehandling i forhold til denne stats egne statsborgere« [17].

17. Et hverv, som udføres mod vederlag i én medlemsstat af en erhvervsdrivende, der er etableret i en anden medlemsstat, og som i hans afdøde klients arvingers interesse består i at få udleveret dele af et bo, som afdøde havde på førstnævnte stats område, må derfor antages at være omfattet af ovennævnte definition.

18. Det er i den forbindelse uden betydning, om tjenesteyderen handler »i eget navn«, således som den forelæggende ret har præciseret, eller i arveladers arvingers navn. I

11 — Præmis 14, min fremhævelse.

12 — Jf. bl.a. dom af 26.4.1988, sag 352/85, Bond van Adverteerders, Sml. s. 2085.

13 — Dom af 17.12.1981, sag 279/80, Sml. s. 3305.

14 — Præmis 8.

15 — Præmis 13.

16 — Præmis 14. Se også dom af 25.7.1991, sag C-76/90, Sager, Sml. I, s. 4221, præmis 10.

17 — Præmis 16.

sidstnævnte tilfælde skulle det tages i betragtning, at arvingerne var modtagere af tjenesteydelsen [18].

19. Såfremt det efter en national retsforskrift som en retssikrende foranstaltning kræves, at tjenesteyderen eller tjenesteydelsesmodtageren skal stille et vist beløb som sikkerhed, blot fordi han hverken er statsborger eller har bopæl i den stat, hvor ydelsen leveres, medfører en sådan forpligtelse, uanset at den ikke på afgørende måde hindrer leveringen af tjenesteydelsen, at udførelsen forsinkes, og at den bliver dyrere. Den er således en begrænsning af den fri udveksling af tjenesteydelser, som er forbudt i henhold til traktatens artikel 59.

20. Men findes der hensyn, som ud fra fællesskabsretlige synspunkter kan begrunde en sådan begrænsning?

21. I den forbindelse skal jeg bemærke, at hvad Domstolen allerede fastslog i dommen i Webb-sagen, gentog den i dommen i Sägersagen [19], nemlig at

»den frie udveksling af tjenesteydelser, som er et grundlæggende princip i traktaten, kan dog kun begrænses ved regler, der er begrundet i tvingende almene hensyn, og som gælder for enhver person eller ethvert selskab, der driver virksomhed på modtagerstatens område, og kun i det omfang disse hensyn ikke tilgodeses i kraft af de bestemmelser, tjenesteyderen er undergivet i den medlemsstat, hvor han er etableret. Det er navnlig en betingelse, at kravene er objektivt nødvendige for at sikre overholdelsen af de regler, der gælder for det pågældende erhverv, og for at beskytte modtageren af ydelsen, og de må ikke gå videre end nødvendigt for at nå disse mål« [20].

22. Domstolen har her i det væsentlige opstillet to betingelser for en eventuel begrænsning af friheden til at udveksle tjenesteydelser: for det første skal der foreligge »tvingende almene hensyn«, og for det andet skal begrænsningen gælde uden forskel for alle erhvervsdrivende. Endvidere skal begrænsningen være i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet.

23. I ni medlemsstater [21] kan der fortsat kræves sikkerhed for sagsomkostninger. Domstolene anvender imidlertid ordningen mere eller mindre strengt. Efter tysk ret er de således forpligtet til at tage en begæring fra sagsøgte om, at der skal stilles sikkerhed for sagsomkostninger, til følge, når betingelserne i øvrigt er opfyldt. I andre medlemsstater, som f.eks. Spanien, Grækenland, Irland og Det Forenede Kongerige, kan domstolene efter et skøn nægte at tage en sådan begæring til følge.

18 — Domstolen har på det punkt fastslået, at »fri udveksling af tjenesteydelser omfatter frihed for modtagerne af tjenesteydelserne til at begive sig til en anden medlemsstat for at modtage en ydelse dér, og at de ikke herved kan hindres af begrænsninger ...« (dom af 31.1.1984, forenede sager 286/82 og 26/83, Luisi og Carbone, Sml. s. 377). Se også Cowan-dommen, præmis 15. Uanset om det drejer sig om tjenesteyderen selv eller retssuccessorer, som virker på en anden medlemsstats område gennem tjenesteyderen, er den situation, som der opstår i kraft af en bestemmelse som den, jeg her behandler, lige restriktiv: enten skal retssuccessorerne stille sikkerhed, eller også har de kun mulighed for at vælge en tjenesteyder i den stat, hvor retten er beliggende.

19 — Se henvisningen til dommen ovenfor i note 16.

20 — Præmis 15. Der er grund til at bemærke, at selv om det er denne formulering, som Domstolen generelt anvender for nærmere at uddybe begrundelsen for en hindring for den fri udveksling af tjenesteydelser, har Domstolen også, bl.a. i ovennævnte dom i Bond van Adverteerders-sagen, i visse tilfældet fastslået, at begrundelsen kan være baseret på hensynet til den offentlige orden som omhandlet i traktatens artikel 56.

21 — I Portugal findes der ingen ordning, hvorefter der skal stilles sikkerhed for sagsomkostninger; i Frankrig er ordningen ophævet ved lov nr. 75-596 af 9.7.1975, og i Italien er det fastslået, at ordningen er forfatningsstridig.

24. Begrundelsen for ordningen skal søges i hensynet til at sikre betalingen af omkostningerne i en sag, hvor en udlænding optræder som sagsøger. Formålet med denne ældgamle ordning er at sikre, at sagsøgeren betaler og giver møde.

25. Lad os forestille os en sag, der er anlagt af en udenlandsk sagsøger. Den ret, som sagen er indbragt for, frifinder sagsøgte. I tilfælde af, at modparten ikke kan betale eller udviser ond vilje, skal sagsøgte i det mindste kunne få dækket sine udgifter uden at skulle inddrage udenlandske domstole, hvilket kan være vanskeligt og forbundet med store udgifter.

26. Jeg vil gerne påpege, at selv om ordningen med sikkerhedsstillelse for sagsomkostninger fortsat findes i de fleste medlemsstater, betragtes den i litteraturen i almindelighed som forældet og på vej til at forsvinde.

27. Er de omstændigheder, der er fremført som begrundelse for ordningen, dvs. navnlig forebyggelse af risikoen for insolvens, »tvingende almene hensyn«, eller findes der andre muligheder for at tilvejebringe den fornødne sikkerhed, som i mindre grad er udtryk for forskelsbehandling?

28. At der skal stilles sikkerhed for sagsomkostninger, hænger for mig at se sammen med en opfattelse af begrebet udlænding, som ikke kan anvendes på EF-borgere, som inden for et enhedsmarked frit skal kunne bevæge sig og udøve virksomhed [22]. Den sikkerhed, den skal give sagsøgte, mister i det væsentlige sin berettigelse, når mulighederne for fuldbyrdelse på nationalt plan står åbne for alle EF-borgere, og navnlig fordi der i Bruxelles-konventionen i borgerlige sager, herunder handelssager, er fastsat en forenkling af de formaliteter, der skal iagttages med hensyn til anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser. Frem for at være en beskyttelse for sagsøgte risikerer man let, at den omstændighed, at der skal stilles sikkerhed, udnyttes med henblik på at trække en sag i langdrag, således at sagsøgte herved får mulighed for at udskyde behandlingen af selve sagen, og at der opstår mange flere processuelle stridsspørgsmål. Det kan i øvrigt næppe hævdes, at sådanne hensyn er tvingende almene hensyn [23].

29. I den forbindelse vil jeg også nævne, at i en sag, som også drejede sig om et processuelt spørgsmål, men som vedrørte forskelsbehandling på grundlag af bopæl — kun personer bosat på nationalt område kunne optræde som befuldmægtigede ved visse domstole — fastslog Domstolen også, at kravet om bopæl i medlemsstaten ikke kunne begrundes ud fra et alment hensyn [24].

30. Endelig vil jeg understrege, at Oberlandesgericht München i en nyere afgørelse, nemlig af 17. november 1992 [25], ex officio afviste at anvende § 110 i Zivilprozeßordnung, idet retten anførte, at bestemmelsen ikke var i overensstemmelse med det princip om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, der er fastsat i traktatens artikel 7.

22 — Efter belgisk ret skal EF-statsborgere ikke stille sikkerhed for sagsomkostninger i sager, der falder ind under områder, der er reguleret i traktaten.

23 — Jf. præmis 14 i dom af 25.7.1991, sag C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Sml. I, s. 4007, som indeholder en opregning af en række tvingende almene hensyn, som Domstolen har anerkendt.

24 — Dom af 3.12.1974, sag 33/74, Binsbergen, Sml. s. 1299.

25 — RIW 1993, Hæfte 2, s. 150, på s. 151.

31. Med den anden gruppe af spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvilken betydning det har for ovennævnte fællesskabsretlige bestemmelser, at der er indgået internationale konventioner, og at den omtvistede disposition henhører under privatretten, nemlig arveretten, som tilsyneladende ikke falder ind under traktatens anvendelsesområde.

32. For så vidt angår betydningen af, at der er indgået internationale aftaler mellem medlemsstaterne, skal jeg først bemærke, at sådanne aftaler ikke finder anvendelse i den foreliggende sag [26], og dernæst, at det fremgår af Domstolens praksis, at sådanne aftaler på ingen måde kan bringe gennemførelsen af så grundlæggende fællesskabsretlige principper som den fri udveksling af tjenesteydelser i fare.

33. I Frilli-dommen [27], hvor det til støtte for, at sagsøgeren ikke havde krav på en mindstepension, var gjort gældende, at der ikke fandtes en overenskomst om gensidighed mellem Belgien og Italien, fastslog Domstolen følgende:

»Udbetalingen af en sådan ydelse til en udenlandsk arbejdstager, som opfylder de nævnte betingelser, kan ikke gøres afhængig af eksistensen af en overenskomst om gensidighed med den medlemsstat, hvori arbejdstageren er statsborger«.

34. I den ovenfor nævnte dom i Cowan-sagen udtalte Domstolen under henvisning til denne løsning,

»... at det i Fællesskabsretten indeholdte krav om ligebehandling ikke må gøres betinget af, at der er indgået en aftale om gensidighed mellem den pågældende medlemsstat og det land, hvori vedkommende er statsborger« [28].

35. Følgelig kan udøvelsen af retten til fri udveksling af tjenesteydelser ikke afhænge af aftaler, som medlemsstaterne har indgået uden for traktatens rammer. Selv om sådanne aftaler måtte finde anvendelse, kan de ikke begrunde nogen form for begrænsning af samhandelen inden for Fællesskabet. Som Domstolen fastslog i Conegate-dommen [29], skal traktatens artikel 234 fortolkes således, at

»Konventioner indgået før traktatens ikrafttræden ... ikke kan påberåbes i forholdet mellem medlemsstaterne til støtte for begrænsninger i samhandelen i Fællesskabet«.

36. Med hensyn til det andet punkt, nemlig vedrørende fællesskabsrettens betydning for en tvist, som henhører under arveretten, er Domstolens praksis helt klar. I en række afgørelser har Domstolen således forkastet det klassiske argument fremført til støtte for, at fællesskabsretten ikke finder anvendelse, nemlig at de nationale bestemmelser vedrører et område, der ikke falder ind under traktaten.

37. I Casagrande-dommen [30], som vedrørte undervisnings- og uddannelsespolitik, tog Domstolen ikke hensyn til et argument om, at dette område henhører under medlemssta-

26 — Jf. Kommissionens indlæg, på s. 3 i den franske oversættelse.

27 — Dom af 22.6.1972, sag 1/72, Sml. s. 109, org. ref.: Rec. s. 457.

28 — Præmis 12.

29 — Dom af 11.3.1986, sag 121/85, Sml. s. 1007, præmis 25.

30 — Dom af 3.7.1974, sag 9/74, Sml. s. 773.

ternes enekompetence [31]. I Casati-dommen [32] fastslog Domstolen tilsvarende, at strafferetten og straffeprocesretten henhører under medlemsstaternes kompetence, men tilføjede, at

»Af Domstolens faste praksis fremgår det imidlertid, at fællesskabsretten også på dette retsområde sætter visse grænser for de kontrolforanstaltninger, som medlemsstaterne kan opretholde i forbindelse med den frie bevægelighed for varer og personer ...« [33].

38. På et område, der ikke er harmoniseret, som f.eks. den direkte beskatning, påser Domstolen tilsvarende, at de nationale bestemmelser er i overensstemmelse med det i fællesskabsretten opstillede princip om ligebehandling [34].

39. Endelig har Domstolen mere generelt fastslået, at

»Fællesskabsretten kan ikke have forskellig virkning under hensyn til de områder af national ret, på hvilke den kan indvirke« [35].

40. Den omstændighed, at en tvist henhører under arveretten, er således uden betydning med hensyn til anvendelsen af princippet om fri udveksling af tjenesteydelser.

41. Sammenfattende skal jeg herefter foreslå, at de forelagte spørgsmål besvares således:

1) EØF-traktatens artikel 59 og 60 er til hinder for nationale retsforskrifter, hvorefter en EF-statsborger, der som tjenesteyder har anlagt sag ved en ret i en medlemsstat, på sagsøgtes begæring og inden sagsøgte har svaret vedrørende realiteten og blot fordi sagsøgeren er udenlandsk statsborger, skal stille sikkerhed for sagsomkostningerne.

2) En medlemsstats anvendelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling og om fri udveksling af tjenesteydelser på en EF-statsborger, der udøver virksomhed på en anden medlemsstats område, berøres ikke af, at der er indgået internationale aftaler om gensidighed med denne stat og afhænger heller ikke af, inden for hvilke områder af national ret tjenesteyderen skal udøve den pågældende virksomhed.

31 — Præmis 6.

32 — Dom af 11.11.1981, sag 203/80, Sml. s. 2595.

33 — Præmis 27. Se i samme retning præmis 19 i Cowan-dommen.

34 — Se præmis 24 i dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 285.

35 — Dom af 21.3.1972, sag 82/71, SAIL, Sml. 1972, s. 43, org. ref.: Rec. s. 119.