FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIR GORDON SLYNN FREMSAT DEN 4. JULI 1984 [1]

Høje Domstol.

Under en sag anlagt ved Tribunale di Verona i Italien af et italiensk selskab (»Brennero«) mod et tysk selskab (»Wendel«) indgav førstnævnte begæring om og opnåede et arrestdekret.

Det er for Domstolen oplyst, at et sådant dekret i henhold til italiensk ret kan afsiges enten før sagens anlæg, eller indtil dommen afsiges, når det anses for nødvendigt for at sikre dommens fuldbyrdelse. Arrestforretningen skal udføres inden 30 dage og har form af en arrest i skyldnerens gods. Arresten giver dog ikke rekvirenten ret til at sælge godset og beholde provenuet. Godset er underlagt kontrol af den ret, som har afsagt arrestdekretet. Hvis rekvirenten får medhold i sit søgsmål, kan han gennemtvinge dekretet øjeblikkeligt ved at gøre udlæg i godset. Hvis kan ikke får medhold, bortfalder dekretet automatisk.

Det dekret, som blev afsagt i denne sag, omfattede Wendel's løsøre og faste ejendom samt øvrige aktiver indtil et beløb af 700 000 000 lire samt renter. Det bestrides ikke, at dekretet blev afsagt inter partes, og at det derfor i princippet kan fuldbyrdes i henhold til konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (herefter benævnt »konventionen«), jfr. sag 125/79 *Denilauler* mod *Couchet Frères* (Sml. 1980, s. 1553, præmis 17). Ifølge Brennero's advokater havde Wendel ikke fast ejendom eller andre aktiver i Italien, hvorfor det var nødvendigt af fuldbyrde dekretet i Tyskland. I den anledning erklærede den italienske ret med henblik på konventionens artikel 47, at dekretet var eksigibelt i Italien. I medfør af konventionens artikel 32 fremsatte Brennero over for formanden for fjerde civile afdeling ved Landgericht Detmold i Tyskland, hvor Wendel havde hjemsted, begæring om fuldbyrdelsespåtegning på arrestdekretet. Fuldbyrdelsespåtegningen blev meddelt den 7. juli 1983 og Brennero blev underrettet herom i medfør af konventionens artikel 35.

Artikel 36 bestemmer, at såfremt fuldbyrdelse tillades — som det var tilfældet her — »kan den part, mod hvem fuldbyrdelsen begæres, anfægte afgørelsen« (dvs. afgørelsen, der tillader fuldbyrdelse) »ved appel eller genoptagelse inden en måned efter, at afgørelsen er forkyndt«. Artikel 39 bestemmer: »Så længe den i artikel 36 fastsatte frist for appel eller genoptagelse ikke er udløbet, og så længe der ikke er truffet afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen, kan der kun anvendes sikrende retsmidler vedrø-

1 — Oversat fra engelsk.

rende den parts formuegoder, mod hvem fuldbyrdelsen begæres. Den afgørelse, der tillader fuldbyrdelse, giver også hjemmel til at anvende sådanne retsmidler«.

Fuldbyrdelsespåtegningen i den foreliggende sag blev derfor meddelt med det forbehold, at fuldbyrdelsen ikke måtte gå videre end til »sikrende retsmidler«, før Brennero fremlagde en erklæring om, at fuldbyrdelsen kunne ske uden begrænsninger. Når henses til, at det af den italienske ret afsagte arrestdekret havde sikrende karakter, kunne Brennero formentlig ikke fremlægge en sådan erklæring, før der var afsagt endelig dom i selskabets sag mod Wendel.

Den 12. juli 1983 appellerede Wendel i medfør af artikel 36 afgørelsen, der tillod fuldbyrdelse, til Oberlandesgericht. Samtidig fremsatte Wendel begæring om, at fuldbyrdelsen af det italienske dekret ved en foreløbig afgørelse blev gjort betinget af, at Brennero stillede en sikkerhed på et beløb, som efter det for Domstolen oplyste skulle være lige så stort som det, det italienske arrestdekret vedrørte.

Wendel støttede sin begæring på konventionens artikel 38, som bestemmer, at den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen vedrørende den afgørelse, der tillader fuldbyrdelse, »efter begæring fra den part, som har indbragt sagen [kan] udsætte sin afgørelse, såfremt den udenlandske afgørelse i domsstaten er anfægtet ved ordinær appel eller genoptagelse, eller såfremt fristen herfor endnu ikke er udløbet; i sidstnævnte tilfælde kan retten fastsætte en frist for iværksættelse af appel eller indgivelse af begæring om genoptagelse. Den pågældende ret kan endvidere gøre fuldbyrdelsen betinget af, at der stilles en sikkerhed, som fastsættes af retten«. Så vidt det kan ses, appellerede Wendel ikke den italienske rets afgørelse; Domstolen har da også fået oplyst, at denne ikke kan appelleres i henhold til italiensk ret. Afgørelsen kan ophæves af den ret, der behandler hovedsagen, og erstattes tilsyneladende af den endelige dom i sagen. Wendel begærede ikke udsættelse i medfør af artikel 38, og hvis der ikke er mulighed for appel i henhold til italiensk ret, kan artikel 38, stk. 1, ikke anvendes, idet den forudsætter en appel, eller i det mindste muligheden for en appel.

Ved afgørelse af 15. juli 1983 gjorde Oberlandesgericht fuldbyrdelsen af den italienske rets dekret betinget af, at der blev stillet sikkerhed, således som Wendel havde anmodet om, nemlig 1 200 000 DM. Ifølge forelæggelseskendelsen fra Bundesgerichtshof, som Brennero indgav »Rechtsbeschwerde« til, var der tale om en kendelse om en foreløbig forholdsregel. Oberlandesgericht havde ikke truffet afgørelse i appelsagen på det tidspunkt, da forelæggelseskendelsen blev afsagt. Brennero kom til det resultat, at det ikke kunne stille den krævede sikkerhed på grund af den tid, det ville tage at overføre pengene fra Italien. Derfor indbragte selskabet Oberlandesgericht's afgørelse for Bundesgerichtshof ved en »Rechtsbeschwerde«. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Brennero i henhold til tysk ret ikke kan appellere Oberlandesgericht's afgørelse. Konventionens artikel 37 fastslår imidlertid, at

afgørelsen i appel- eller genoptagelsessagen vedrørende den afgørelse, der tillader fuldbyrdelse, i Forbundsrepublikken Tyskland kan anfægtes ved en »Rechtsbeschwerde« og kun ved en »Rechtsbeschwerde«.

Bundesgerichtshof har forelagt to spørgsmål, som dog er indbyrdes forbundne. Det første spørgsmål lyder således:

»Kan den Oberlandesgericht, der i Forbundsrepublikken Tyskland behandler skyldnerens appel i henhold til konventionens artikler 36 og 37 af en afgørelse, der tillader fuldbyrdelse, kun træffe bestemmelse om, at fuldbyrdelsen i medfør af konventionens artikel 38, stk. 2, gøres betinget af, at der stilles sikkerhed, som et led i sin endelige afgørelse i appelsagen, eller kan den også træffe en sådan bestemmelse som en foreløbig forholdsregel under behandlingen af appelsagen?«

Bestemmelserne i konventionens artikel 31 ff. forudsætter, at en udenlandsk afgørelse kun kan efterprøves med hensyn til sagens realitet i den stat, hvor den er afsagt, men ikke i den stat, hvor den skal fuldbyrdes. Den rolle, der er tillagt retterne i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten er begrænset tilsvarende. Artiklerne 38 og 39 berører dommens umiddelbare eksigibilitet i to specielle tilfælde. For det første kan retten i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten udsætte sagen i medfør af artikel 38 når den retsafgørelse, der begæres fuldbyrdet, ikke er endelig, idet den stadig kan anfægtes ved ordinær appel; retten råder her over et skøn. For det andet kan retten i anerkendelses- og fuldbyrdelsesstaten kun anvende sikrende retsmidler, når afgørelsen, der tillader fuldbyrdelse, er appelleret (eller appelfristen ikke er udløbet); retten har hverken et skøn eller beføjelse til at gøre mere. Jeg kan ikke tiltræde det synspunkt, der er fremsat af Wendel's advokater, hvorefter artikel 38 finder anvendelse på retsafgørelser, som ikke har res judicata-virkning, artikel 39 på retsafgørelser, som har en sådan virkning, og hvorefter artikel 38 har forrang for artikel 39. Efter min opfattelse finder artikel 39 anvendelse, hvad enten den retsafgørelse, der begæres fuldbyrdet, er endelig eller ej.

Ved »sikrende retsmidler« forstår konventionens artikel 39 de retsmidler, som i henhold til fuldbyrdelsesstatens lovgivning kan anvendes for at hindre, at den part, mod hvem fuldbyrdelse er begæret, kan unddrage genstande, hvori der kan gøres udlæg, fra fuldbyrdelsen (jfr. Jenard-rapporten, s. 52). Da der i henhold til artikel 39 kun kan anvendes sikrende retsmidler, er konsekvensen heraf, at andre retsmidler, som normalt består i, at rekvisiti ejendom tages i forvaring, ikke kan anvendes.

Den foreliggende sag vedrører ikke en retsafgørelse, som fuldbyrdes ved, at rekvisiti ejendom tages i forvaring. Den går ikke længere end til at bringe rekvisiti ejendom under den pågældende domstols kontrol. Den berettiger ikke rekvirenten til at tage rekvisiti ejendom i forvaring. Heraf følger, at en sådan retsafgørelse ikke gyldigt kunne fuldbyrdes i en anden kontraherende stat ved en fuldbyrdelsespåtegning, der satte rekvirenten i stand til at tage ejendommen i forvaring. Den ville kun kunne fuldbyrdes ved hjælp af det sikrende retsmiddel, som i henhold til fuldbyrdelsesstatens lovgivning skal anvendes, når det retsmiddel, som er valgt i den oprindelige retsafgørelse, i sig selv er et sikrende retsmiddel. Gennem artikel 39 skal »ligevægten mellem parternes rettigheder og interesser under eksekvaturprocessen tilgodeses, og sam-

tidig skal det undgås, at en af parterne lider tab på grund af procedure-reglerne« (Jenard-rapporten, s. 52). Denne ligevægt kan sikres, men må ikke bringes i fare ved anvendelsen af sikrende retsmidler. Artikel 39 udelukker således ikke anvendelsen af sikrende retsmidler, som har samme virkning som en bestemmelse om anvendelse af sikrende retsmidler i den retsafgørelse, der begæres fuldbyrdet, blot fordi de giver denne bestemmelse virkning. Det er ikke den type retsmidler, som er forbudt i henhold til artikel 39.

Mens artikel 39 behandler perioden, inden fristen for appel eller genoptagelse i fuldbyrdelsesstaten udløber, eller der træffes afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen, behandler artikel 38 perioden, inden fristen for appel- eller genoptagelse i domsstaten udløber, eller — underforstået — der træffes afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen. I sidstnævnte tilfælde kan sagen i fuldbyrdelsesstaten efter min opfattelse udsættes, før retsmødet i appel- eller genoptagelsessagen i denne stat finder sted eller under dette. Hvorvidt og hvornår sagen bør udsættes i medfør af artikel 38, kan afhænge af, hvorvidt sikrende retsmidler er nødvendige i henhold til artikel 39; jeg mener imidlertid ikke, at en udsættelse i medfør af artikel 38 bevirker, at retten mister beføjelsen til at give adgang til sikrende retsmidler i medfør af artikel 39.

Artikel 38 bestemmer — efter at have givet beføjelse til at udsætte afgørelsen — i stk. 2, at retten »endvidere« kan gøre fuldbyrdelsen betinget af, at der stilles sikkerhed. Det er mærkværdigt, at dette stykke følger efter bestemmelsen om udsættelsen af afgørelsen, da det forekommer mig klart, at det ikke har været hensigten, at retten, når den udsætter afgørelsen, samtidig skal gøre den senere fuldbyrdelse (som det forudsættes, at den ikke giver tilladelse til på dette stadium) afhængig af, at der stilles sikkerhed. På den anden side forekommer det mig lige så klart, at sikkerhedsstillelsen ikke skal behandles som en del af eller som en naturlig følge af sikrende retsmidler i medfør af artikel 39. Sikrende retsmidler indefryser blot aktiverne i fuldbyrdelsesstaten; de er ikke det samme som en fuldbyrdelse. Der er ingen bestemmelse om, at sikrende retsmidler kan gøres betingede af, at der stilles sikkerhed. »Fuldbyrdelse« er gennemførelsen af den oprindelige retsafgørelse. Det er kun, når den ret, som behandler appel- eller genoptagelsessagen, bestemmer, at der kan ske fuldbyrdelse, at den har beføjelse til at kræve sikkerhed. Denne bestemmelse træffes først ved de endelige forhandlinger i appel- eller genoptagelsessagen; først ved den endelige afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen kan der træffes bestemmelse om sikkerhedsstillelse. Det er en anden form for beskyttelse af skyldneren end udsættelsen, således at skyldneren, hvis der tillades appel i domsstaten, råder over et retsmiddel, hvis hans ejendom er blevet ham frataget og anvendt eller fordelt.

Beføjelsen til at træffe bestemmelse om sikkerhedsstillelse foreligger — ligesom beføjelsen til at udsætte afgørelsen — kun, når der er sket appel eller indgivet begæring om genoptagelse, eller fristen herfor ikke er udløbet i domsstaten.

For så vidt angår retsafgørelser, som udgør sikrende retsmidler, har man rejst spørgsmålet om, hvorvidt fuldbyrdelsen

nogensinde kan være betinget af, at der stilles sikkerhed, selv når en sådan bestemmelse er en del af den endelige afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen. Det er blevet gjort gældende, at det kan den ikke. Skønt dette spørgsmål ikke udtrykkeligt er medtaget i forelæggelseskendelsen, er det relevant i den foreliggende sag, og det forekommer ønskeligt at tage spørgsmålet op til behandling. Jeg mener ikke, at bestemmelsen kan fortolkes således, at en retsafgørelse, der træffer bestemmelse om sikrende retsmidler, falder uden for rammerne af, hvad retterne i fuldbyrdelsesstaten kan gøre ved den endelige forhandling i appel- eller genoptagelsessagen. Den falder ikke udtrykkeligt udenfor, og jeg mener ikke, at det ligger i bestemmelsen, at en sådan afgørelse nødvendigvis må anses for udelukket. Tværtimod er det klart, at en bestemmelse om indefrysning af aktiver efter fordringshaverens begæring kan påføre skyldneren tab, selv om effekterne ikke kan anvendes eller fordeles. Hvis den ret, der træffer den oprindelige bestemmelse, har overvejet og afvist en begæring om sikkerhedsstillelse, synes konventionens målsætning at indicere, at den ret, der skal give tilladelse til fuldbyrdelsen, normalt ikke bør efterprøve denne afgørelse, hvis forholdene ikke har ændret sig. Den har midlertid beføjelse til at foretage en sådan efterprøvelse. Hvis forholdene har ændret sig, kan retten i fuldbyrdelsesstaten træffe bestemmelse om sikkerhedsstillelse, hvis der er sket appel, selv om sikkerhedsstillelsen er blevet afslået. Disse overvejelser gælder imidlertid både i sager, hvor der ikke er truffet bestemmelse om sikrende retsmidler, og i sager, hvor dette er tilfældet. Under forudsætning af, at retten i fuldbyrdelsesstaten, når den udøver sit skøn, tager hensyn til den omstændighed, at retten i domsstaten har afvist sikkerhedsstillelse, tillader jeg mig derfor at forkaste den opfattelse, at der ikke kan træffes bestemmelse om sikkerhedsstillelse, hvis retsafgørelsen kun giver beføjelse til at at anvende sikrende retsmidler.

Det andet spørgsmål, der er forelagt, lyder således:

»Kan der ved direkte eller analog anvendelse af konventionens artikel 37, stk. 2, indgives 'Rechtsbeschwerde' til Bundesgerichtshof, når Oberlandesgericht under henvisning til konventionens artikel 38, stk. 2, som en foreløbig forholdsregel under behandlingen af appelsagen har truffet bestemmelse om, at der skal stilles sikkerhed?«

Artikel 37 bestemmer, at »afgørelsen i appel- eller genoptagelsessagen« vedrørende den afgørelse, der tillader fuldbyrdelse, kan gøres til genstand for yderligere appel. Der er ingen udtrykkelig henvisning til foreløbige afgørelser, som retten træffer i medfør af artikel 37, indtil »afgørelsen i appel eller genoptagelsessagen«. Heraf har Wendel, den tyske regering og Kommissionen sluttet, at »afgørelsen i appel- eller genoptagelsessagen« betyder den endelige afgørelse i appelsagen, og at der ikke er mulighed for at appellere en foreløbig afgørelse.

Hvis konventionens forfattere udelukkede, at der kunne træffes en foreløbig afgørelse, der tillod fuldbyrdelse på betingelse af, at der blev stillet sikkerhed, inden appelsagen var afgjort, idet de bestemte, at artikel 39 skulle gælde for denne situation — således som det efter

min opfattelse var tilfældet — må ordene i artikel 37 »afgørelsen i appel- eller genoptagelsessagen« fortolkes ud fra den forudsætning, at den eneste afgørelse »i appel- eller genoptagelsessagen« er den endelig afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen, og ikke en foreløbig afgørelse af denne karakter. Artikel 37 finder derfor ikke anvendelse, når der træffes en sådan foreløbig afgørelse. Dette betyder, at det er de almindelige retsmidler i henhold til fuldbyrdelsesstatens nationale lovgivning, der finder anvendelse i tilfælde, hvor en ret træffer en foreløbig afgørelse, selv om den ikke har kompetence hertil, dvs. enten en appel, hvis der er mulighed herfor, eller en begæring til den ret, som traf den oprindelige bestemmelse, hvis der ikke er mulighed for appel.

Den omstændighed, at konventionen ikke indeholder bestemmelser om en sådan appel, støtter efter min opfattelse den konklusion, jeg nåede til ved besvarelsen af det første spørgsmål, nemlig at konventionen ikke giver kompetence til at træffe en sådan foreløbig afgørelse.

Jeg er derfor af den opfattelse, at de forelagte spørgsmål bør besvares således:

1. Den Oberlandesgericht, der i Forbundsrepublikken Tyskland behandler skyldnerens appel i henhold til konventionens artikler 36 og 37 af en afgørelse, der tillader fuldbyrdelse, kan ikke træffe bestemmelse om, at fuldbyrdelsen i medfør af konventionens artikel 38, stk. 2, gøres betinget af, at der stilles sikkerhed, som en foreløbig forholdsregel under behandlingen af appelsagen.

2. Konventionens artikel 37, stk. 2, finder ikke anvendelse på foreløbige forholdsregler af denne art, der hævdes at være truffet under behandlingen af appelsagen på grundlag af artikel 38, stk. 2; i en sådan situation kan parterne støtte sig til de retsmidler, der efter national ret normalt kan anvendes, når der træffes en foreløbig forholdsregel, uden at retten har kompetence hertil.

Det tilkommer Bundesgerichtshof at træffe afgørelse om sagens omkostninger, for så vidt angår parterne i sagen ved denne ret, og der bør ikke træffes afgørelse vedrørende de omkostninger, der er afholdt af den tyske og den italienske regering og af Kommissionen.