



*Institute for Civil, Comparative and  
International Private Law*  
**University of Maribor, Faculty  
of Law**

## ACCESS TO CIVIL JUSTICE Simplification of Debt Collection in the EU

### TABLE OF CONTENTS

<p>JESÚS BORES LAZO ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF UNIFICATION OF RULES SIMPLIFYING CROSS-BORDER DEBT COLLECTION ..... 1</p>
<p>JOSÉ CAMELO GOMES PRINCIPLES OF NATIONAL PROCEDURAL LAW IN SUMMARY PROCEDURES AND THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS OF THE EUROPEAN LAW ..... 11</p>
<p>ANNA LEONARDA HUBERTINA ERNES ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE IN THE NETHERLANDS ..... 24</p>
<p>MELIHA POVLAČIĆ ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG AUSLÄNDISCHER MOBILIARSICHERHEITEN IN SÜDOSTEUROPA ..... 34</p>
<p>MARTINA ARNEITZ DAS EUROPÄISCHE MAHNVERFAHREN IN DER PRAXIS ..... 51</p>
<p>FRANCESCO PAOLO MANSI REFLEXIONS ON THE ROLE OF THE “ORDRE PUBLIC” IN THE EU REGULATIONS ON CIVIL PROCEDURE ..... 59</p>
<p>SYLVIA ZANGL DIE VERORDNUNGEN (EG) NR. 805/2004, (EG) NR. 1896/2006 UND (EG) NR. 861/2007 UND DEREN UMSETZUNG IN DAS ÖSTERREICHISCHE RECHT ..... 74</p>
<p>ROBERT FUCIK EINSATZ DER VIDEOKONFERENZTECHNOLOGIE BEI GRENZÜBERSCHREITENDEN RICHTSVERFAHREN ..... 90</p>
<p>MIHA ŽEBRE THE REVISION OF BRUSSELS I REGULATION AND THE ABOLITION OF EXEQUATUR ..... 99</p>
<p>IVAN BIZJAK, FERNARDO PAULINO PEREIRA PRAVOSODNO SODELOVANJE V CIVILNIH ZADEVAH V EU: DOSEŽKI IN IZZIVI ..... 104</p>
<p>EDUARD KUNŠTEK PRIVREMENE MJERE I NJIHOVI UČINCI U DRUGIM DRŽAVAMA S POSEBNIM OSVRTOM NA PRAVO EU ..... 116</p>
<p>CHRISTOPHE VERDURE CROSS-BORDER DEBT COLLECTION IN CONSUMER DISPUTES ..... 127</p>
<p>MIKAEL BERGLUND SCOPE OF APPLICATION OF EU LAW IN THE JUDICIAL PROCEDURES OF DEBT COLLECTION IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS ..... 141</p>

This Conference has been funded with support from the European Commission within Specific Programme Civil Justice





## ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF UNIFICATION OF RULES SIMPLIFYING CROSS-BORDER DEBT COLLECTION

Jesús Bores Lazo<sup>1</sup>

### Summary

Since unification and simplification of cross-border legislation may always be positive and therefore bring us certainly advantages, the application of such new European rules, the diversity of languages and existing legal systems, local practices, and the complexities that somehow hinder any process of harmonization have to be considered as well. Therefore, this contribution deals with the “*Advantages and Disadvantages of Unification of Rules Simplifying Cross-Border Debt Collection*” from a very practical point of view. It does not pretend to be a deep legal analysis but just the opinion of a practicing lawyer willing to share some queries and issued to be developed within the legal field of debt recovery in the European Union. As a short conclusion, we may say that while forthcoming proposals will be of interest to those who regularly seek to enforce judgments in the EU, the sensitive nature of the issue is likely to mean that progress will be relatively slow. The Attachment Order seems to be a great step forward and a need, more than an advantage, in the field of European debt collection.

### List of keywords

Debt recovery, Debt collection, Attachment Order, European Area of Freedom, Security and Justice, execution of judgments, creditors in the European Union, harmonization, Private international law.

First of all, let me thank you for giving me the opportunity to participate in this International Scientific Conference and having the chance to come to your beautiful country, and particularly the City of Maribor, to share ideas and contribute to our common interest of developing further the European legal system. With the support of the European Commission and the Slovenian Research Agency, we will work on a topic of great concern for the citizen and business community, in a time of crisis in which debts increase and everybody look for legal tools in order to be paid. Thus, true thanks to the University of Maribor, the Conference organizers, Prof. Dr. Vesna Rijavec and Prof Dr. Wolfgang Jelinek, and particularly Dr. Andrej Ekart, my contact in the process of preparing the proposal for this project and paper, since you all are leading an extremely interesting “Forum”. With the participation of lectures from all over Europe, hopefully we will place one more brick in the wall on the Area of Freedom, Security and

---

<sup>1</sup> Jesus Bores Lazo, LL.M., is a practicing lawyer and international consultant for the European Commission. Do not hesitate to comment this contribution in via e-mail: [jbores@boleoglobal.com](mailto:jbores@boleoglobal.com).

Justice, that we all really need. And finally, my gratitude for you, participants and target of our comments and ideas, since your presence and the aim of contributing to building up an effective European Civil Justice, constitutes the main reason behind this Scientific Conference and the policies on this matters of the European Commission.

Therefore, as a humble legal practitioner speaking in front of such a qualified audience, and among Doctors and University Professors, I have to precise the approach and limits of my contribution. Close to companies and individuals, as lawyer an adviser<sup>2</sup>, acting in the day to day life of the business community, I will try to deal with the “*Advantages and Disadvantages of Unification of Rules Simplifying Cross-Border Debt Collection*” from a very practical point of view. Since unification and simplification of cross-border legislation may always be positive and therefore bring us certainly advantages, the application of such new European rules, the diversity of languages and existing legal systems, local practices, and the complexities than somehow hinder any process of harmonization have to be considered as well. Thus, this presentation does not pretend to be a deep legal analysis but just the opinion of a practicing lawyer willing to share some queries and issued to be developed within the legal field of debt recovery in the European Union.

Having the chance to join the European Commission as “stagiaire” when the Directorate-General Justice, Freedom and Security (since July 1, 2010 has become two directorates – Directorate-General for Justice and Directorate-General for Home Affairs) was only a “Task Force” and one single EU official – Anne Marie Rouchaud – was in charge of cooperation in civil and commercial matters, as a enthusiastic follower of the ambitious plans of Commissioner Vitorino in the 90’s, and considering the reality of citizens and business communities in Europe, I always had very high expectations in the process of building the European Area of Justice and developing legal instruments to facilitate the right of the individuals all over Europe through Private Law. Not even 15 years ago, I could find a declared Vasque Terrorist criminally convicted by the Spanish authorities buying in the Belgian grocery store close to my apartment; while marriage was easily and widely recognized in all jurisdictions, divorce, separation, and nullity of marriages caused great headaches both for the couple and the lawyers in all Member States, and being paid by a debtor abroad was a dream really celebrated when, if any time, happened. By the way, never happened with minor claims.

Thus, advantages, regulations, certain legal tools, are now there, they exist and so they have to be accepted, recognized, executed and therefore the means to protect our rights seem to have been developed. Although they are not always known by local courts and lawyers, the European civil legal

---

<sup>2</sup> The word "lawyer" is used according to Recommendation Rec2000(21) of the Council of Europe namely: “... a person qualified and authorized according to the national law to plead and act on behalf of his or her clients, to engage in the practice of law, to appear before the courts or advise and represent his or her clients in legal matters”. In certain countries, other definitions are used, such as **solicitors** (a person who gives legal advice and prepares legal documents) and **barristers** (a person who represents his/her clients in court). The word **attorney** is also used and is similar to the term “lawyer” as mentioned in this report (a person authorized to practice law, conducts lawsuits or gives legal advice).

system has changed and improved lawyer's practice and citizen rights and actions. However, as the half full - half empty bottle for each eye looking at it, some may believe that much more should be done. In this sense, our position in this debate has to be clear to support the words that will follow. In the recent years, the European Union lacks of the political will of its Members States and the support of the people to move further and deeper, and the slowness of the integration process is affecting the expected Area of Freedom Security and Justice.

In the current political and economic context, let us try to consider the legal framework of debt collection, its positive aspect and the disadvantages or issues to be improved.

When Ms Reding prepared for the new portfolio of European Justice Commissioner that for the first time was created in the European Commission, she looked into the subject that we are discussing here today. And she saw a figure that she found rather alarming: Only around 37% of cross-border debt can be recovered today. As a good mathematician and politician, she also took it the other way round since it means that in our internal market more than 60 % of cross-border debt is not recovered. If you are a businessman, how can you really contract on a cross-border basis if this is true? If you are a small or medium-sized company and you know that in over 60 % of cases where you have a title, a judgment, but your debtor is on the other side of the border you will not be able to enforce your claim? It has often been said that enforcement is the "*Achilles heel*" of the internal market. We are talking today about a very concrete issue for which we should clearly do something about healing this Achilles heel.

Professor Carrillo Salcedo has always distinguished between Public International Law and Private International Law. He considered that Public International Law is Public and it is International, but it is not Law; while Private International Law is Private and it is Law, but it is not International. Enforcing our rights abroad, even within the European Union, still remains us that our legal framework is based on the States' laws in which border, are much more than just frontiers. However, the unification of certain sets of laws is changing the rules of the game and we are lucky to be among the States included in this legal transformations.

In this context, globalization, intensified in the last years by the revolution of technology and information around the world, and particularly the European Union as a unique supranational legal system, requires legal tools which prove to be efficient, practical and useful, for the citizen, the business community and also the States and the International Organizations to fight this "*Achilles Heel*". And certainly, in the new Era of International Law, the European Union seems to be an extraordinary field of new initiatives. Thus Europe efforts to harmonize laws internally among its Member States and within the limits of the Treaties, but also across nations worldwide through negotiation of bilateral and multilateral agreements is one of its distinctive features. Furthermore, the integration process has been possible thanks to the development of fundamental principles such as the Direct Effect and Supremacy of European Union Law, together with a decision making process base on legitimated and balanced institutional system which

represents the citizen, the States and the EU community as a whole. Considering that the European Union has itself the power to promulgate texts that have the force of law in all its member States without the need for any act of acceptance of incorporation into the domestic legal order, as a supranational organization, it cannot be compared to other classical international organizations. The impact of regulation, directives, decisions, and even recommendations and opinion, in our internal legal orders, has proved to be an effective process of harmonization and legal integration to all of us.

However, there exists general problems faced by international legal harmonization, irrespective of the subject matter and the form of the instrument. In fact, a particular subject matters as debt collection, raise its own difficulties. The European Union faces the challenge of ensuring an European Area of Justice in which individuals and businesses are not prevented or discouraged from exercising their rights by the reality of the legal systems in the Member States.

The Judicial System is not working properly in certain countries, such as Spain. In Europe, In the Action Plan adopted in Warsaw (May 2005) within the framework of their 3rd Summit, the Heads of State and government of the Council of Europe's member states have expressed their support for and their wish to strengthen the process for evaluating judicial systems set up by the CEPEJ<sup>3</sup>. In 2.008 CEPEJ published its reports enabling assessment of evolutions of the public services of justice for 800 million Europeans shows the remaining differences y lack of efficiency in our judicial systems. The well known obstacles to obtaining a judgment in another jurisdiction still continue and even are increased in such a cross-border context. To hire two or several lawyers, translation and interpretation costs and miscellaneous other factors such as extra travel costs of litigants, evidence, witnesses, among many others, will discourage us from introducing actions in such cases.

Certain existing national insurance coverage for commercial transactions abroad or alternative dispute resolution systems are preferred by the business community that any kind of action in Court. Likewise, the cost, problems and delays to be expected when one of the parties is domiciled in a different Member State become a major obstacle to effective access to justice and discourage economic actors and citizens from extending their activities beyond our own country.

The main objective is to provide the best possible service to the citizen. Priority should be given to mechanisms that facilitate people's access to the courts, so that they can enforce their rights throughout the Union. Further, the European judicial area should serve to support economic activity in the single market, particularly in a period of crisis. Provisional and protective measures must be available to speed

---

<sup>3</sup> The European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) is entrusted by the Committee of Ministers of the Council of Europe with proposing concrete solutions, suitable for use by Council of Europe member states for promoting the effective implementation of existing Council of Europe instruments relating to the organisation of justice (normative "after sale service"), ensuring that public policies concerning the courts take account of the needs of users of the justice system and helping to reduce congestion in the European Court of Human Rights by offering states effective solutions prior to application to the Court and preventing violations of Article 6 of the European Convention on Human Rights. The CEPEJ is today a unique body for all European States, made up of qualified experts from the 47 Council of Europe member states, to assess the efficiency of judicial systems and propose practical tools and measures for working towards an increasingly efficient service to the citizens.

up procedures and ensure that legal decisions are enforced more effectively. In the field we are dealing with in this conference, most Member States have, however, introduced simplified and accelerated procedures in which local rules are relaxed, mainly in cases where the value of the claim is below a certain threshold (“Small Claims” procedures), and where the claim is not disputed by the debtor (“Order for payment” procedures). These procedures vary, however, significantly from one Member State to another. In order to improve and facilitate access to justice, the EU has set itself the aim of laying down common rules for simplified and accelerated litigation.

As the European Commission states, *“The Programme of measures for the implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters adopted by the Council on 30 November 2000 provides for the adoption of measures in this respect in three stages. In the first stage, a European Enforcement Order for uncontested claims should be introduced, and the settlement of cross-border litigation on Small Claims should be simplified and speeded up. Following the Tampere conclusions and the mutual recognition programme, the European Commission in December 2002 adopted a Green Paper on a European Order for Payment procedure and on measures to simplify and speed up small claims litigation. The Green Paper raised several questions in order to explore the content of possible Community instruments in these two fields”*.

Recently, following two Green Papers, on the attachment of bank accounts<sup>4</sup> and on the transparency of the debtor's assets<sup>5</sup>, the European Commission intends now to elaborate a global strategy for making enforcement abroad as “easy” as in a domestic context. So, in the European Judicial Area, small and medium size enterprises and citizens are willing to have useful legal tools to be able to recover their debts. Particularly in the current situation of crisis and economic difficulties where access to capital and credit is limited, a rapid enforcement of claims is a need. That is the main reason to improve cross border debt collection. Thus, and in line with the objective of Article 67 TFEU, and in order to establish progressively an area of freedom, security and justice, the Commission has set out priorities in December 2009, known as the **Stockholm Programme**<sup>6</sup>. In this sense, a creditor seeking to recover a monetary claim will try to do so by obtaining an attachment of his debtor's bank accounts as it is commonly done in its national legal system. But while debtors are today able to move their monies out of accounts known to their creditors into other accounts in the same or another Member State almost instantaneously, creditors are currently not able to block these monies with the same swiftness and effectiveness. And each country has a particular procedure which effect must vary widely regarding both its efficiency and efficacy regarding the recovery of monetary claims in other Member States. The situation is aggravated where a

---

<sup>4</sup> Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts. COM(2006) 618 final.

<sup>5</sup> Green Paper on the effective enforcement of judgments in the European Union: the transparency of debtors' assets.

<sup>6</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council “An area of freedom, security and justice serving the citizen”, COM(2009) 262 final of 10.06.2009

creditor wants to arrest funds lying to his debtor's credit in bank accounts situated in several Member States.

Therefore the problems of cross border debt recovery outlined above constitute an obstacle to the free circulation of monetary payment orders within the European Union and an impediment for the proper functioning of the Internal Market. Furthermore, the differences in the efficiency of debt-recovery within the European Union also risk to distort competition between businesses operating in Member States with efficient systems of enforcing monetary payment orders and those operating in Member States where this is not the case.

In this sense, it is important to consider The “*Study on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union*”, undertaken by Prof Burckhard Hess and a team of academics and published in December 2003. Once the Commission held a first meeting of government experts which discussed possibilities to improve the attachment of bank accounts in Europe, the results and policy recommendations of the study were discussed and during the preparation of the Green Paper, a number of key stakeholders were consulted. Before proposing a legal harmonization in this field, and after the publication of the Green Paper in October 2006, the Commission received 60 contributions. And the participation of other institutions, such as the European Parliament and the European Economic and Social Committee, help us shape and limit the new piece of legislation.

At present, **Community legislation regarding simplified and accelerated procedures is limited to Article 5 of Directive 2000/35/EC on combating late payment in commercial transactions** which requires the Member States to ensure the availability of recovery procedures for uncontested claims so that an enforceable title can be obtained normally within 90 calendar days. Under the directive, Member States are, however, not required to adopt a specific procedure or to amend their existing legal procedures in a specific way. It remains therefore to be seen if the transposition of Article 5 will entail significant changes in the procedural systems of the Member States.

It is relevant to refer to Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a **European order for payment procedure** which allows creditors to recover their uncontested civil and commercial claims before the courts of the Member States according to a uniform procedure that operates on the basis of standard forms. Due to the existence of a common procedure in all Member States, the need for creditors to familiarize themselves with foreign civil procedures is reduced to a minimum. In this new legal tool, applicable since 12 December 2008, the procedure does not require presence before the court and it can even be started and handled in a purely electronic way. The claimant only has to submit his application, after which the procedure will lead its own life. It does not require any further formalities or intervention on the part of the claimant. This ensures a swift and efficient handling of the claim, which should substantially reduce the length of traditional court proceedings.



In addition, and as supposedly the assistance of a lawyer is not required, the procedure will keep costs at a minimum. Language problems are minimized thanks to the availability of standard forms for the communication between the parties and the court that are available in all EU languages. Otherwise, since the judicial decision obtained as a result of this procedure circulates freely in the other Member States, the creditor will not have to undertake intermediate steps to enforce the decision abroad.

With similar aims, Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a **European Small Claims Procedure** does for the first time provide citizens and businesses all over Europe with a speedy and affordable civil procedure which is uniform in all Member States and in all procedural steps from the commencement of the procedure to the final enforcement of the judgment. It is applicable in civil and commercial matters where the value of a claim does not exceed 2000 € since 1 January 2009. The procedure applies to pecuniary claims as well as to non-pecuniary claims. This Regulation introduces standard forms to be used by the parties and the court and establishes time limits for the parties and for the court in order to simplify and speed up litigation concerning small claims.

As the procedure is a written procedure, unless an oral hearing is considered necessary by the court, it is supposed to facilitate credit recovery in the European Union. In fact, the court may hold a hearing or take evidence through a video conference or other communications technology if the technical means are available. Again, the parties are not required to be represented by a lawyer or another legal professional. And the unsuccessful party shall bear the costs of the proceedings. However, the court shall not award costs to the successful party to the extent that they were unnecessarily incurred or disproportionate to the claim. At last but not least, the Regulation abolishes the intermediate measures to enable the recognition and enforcement of a judgment given in a European Small Claims Procedure. A judgment shall be recognized and enforced in another Member State automatically and without any possibility of opposing its recognition, unless the defendant was not served with the papers.

In the line above mentioned to reach a consensus before trying to harmonize complex topics such as debt recovery, the European Commission organized a public hearing on improving the enforcement of judgments and facilitating cross-border debt recovery on 1 June 2010, in Brussels. Over 84 participants representing ministries of justice, judicial authorities, law firms, bailiffs, academics, banks, businesses and citizens' groups, and thus all eminent experts in their field, coming from various countries and organizations, assisted the European Commission in the definition of this topic. As a result the hearing provided stakeholders with an opportunity to express their opinion on existing problems in these areas and the possible solutions to those issues raised both by them and the European Institutions participating in the decision making process.

As it usually happens, the hearing was part of an on-going consultation process, followed the publication of two Commission Green Papers on the attachment of bank accounts and on the transparency of assets,

issued in 2006 and 2008, and proved that more data was needed to really solve the problem of unpaid debt in the EU. The debate on the policy options had indicated a consensus in favor of a free-standing European bank attachment order although many details were still to be decided as to the conditions for and the effects of such order. Furthermore some consistency of the European procedure with existing national enforcement schemes is to be sought, since the area justice need further development in this topic.

Certain pending issues came out from the above referred recent hearing since it has made a valuable and significant input to the research on cross-border debt recovery, especially in terms of the problem definition and clarifying the arguments for and against different policy options. It is now commonly accepted that problems of cross-border debt recovery may have adverse effects to the prosperity of the European Union. Harmonization is really a need, and therefore an advantage since they may be an obstacle to the free circulation of payment orders throughout the Union consequently they impede the proper functioning of the Single Market. As it was agreed, late payment and non-payment jeopardize the interest of our businesses and consumers alike.

Regarding the level of difficulty of cross-border recovery the nature and amount of the unpaid debt has to be considered. So, among business, Small and Medium Size enterprise and consumers are more exposed to payment default from their debtors as they have limited cash-flow and in the crisis they are particularly affected by this issue.

However, many differences remain depending on the country where enforcement is sought. In fact, the literature review on this issue underlines the considerable divergences between the national systems, with one source estimating that there are currently 16 different enforcement systems in the European Union. So, countries where effective domestic procedures for bank attachment and for disclosure of debtor's assets apply are likely to provide more guarantees to creditor's rights.

Hence, the scope and size of current shortcomings calls for a coordinated action at EU level. As you are aware, different options are still being examined, subject to the on-going study and need of a consensus and execution measures to grant citizen rights. With the new foreseen legal measures, the aim is to enable a creditor to preserve, as security for the debt owed, money held to the credit of his debtor in one or several bank accounts within the territory of the EU. The procedure should be available for all monetary claims arising from a commercial transaction. Nevertheless the relationship between this future instrument and the

Eventually a new insight for the Commission for devising a future legislative proposal is based on the following **principles**: “*efficiency of the Attachment Order*”, in view of keeping the "surprise effect", it should be made ex parte (no hearing or notification to the debtor is required) and served on the branch of the bank holding the debtor's account as quickly as possible; “*safeguarding the debtor's rights*”, since the defendant's right to object to the order must be ensured as regards possible grounds for objection, and

jurisdiction to hear objections to the same court as the one which issued the order. And in order to avoid abusive bank attachment, the court will have discretion to order creditor to provide security against damage to the debtor, if the order proves unjustifiable; *“protection of personal data”*, and thus, processing of banking data must comply with the provisions of the Data Protection Directive 95/46/EC and Regulation (EC) 45/2001 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the EU Institutions; *”cost-neutrality for banks”*, which means that the enforcement of the order is likely to create certain costs for the bank, for instance for execution of the order and monitoring of the account. Accordingly, it may be possible charging specific fees for executing the order; or in countries where enforcement authorities, such as bailiffs, should be given an important role in serving the order, it would help reducing additional costs for the bank.

In order to conclude this presentation, we should attend practical examples on the advantages and consequences of legal harmonization on debt recovery.

Let us imagine that a company having its seat in Slovenia delivers motor components to a car manufacturer in Spain. The manufacturer refuses to pay the bill, alleging that the delivered goods were defective. Consequently, the Slovenian company sues the manufacturer for payment in the courts of Spain, on the basis of a choice of court clause figuring in its standard contract term which refers to the domicile of the defendant. However, considering that this is already costly, and having information of other providers that the Spanish manufacturer is in financial difficulties, the Slovenian company is concerned that the judgment, when eventually rendered after a few years of cost and fees of Lawyers in Spain, will be worthless because the manufacturer will have become bankrupt or insolvent, if it is not the case at the time of introducing the claim. Thus, any company therefore would need to secure the payment of any debt owed by freezing the manufacturers account situated with a bank in any European country. Nowadays, any creditor could apply for an attachment order under national law but such an order would not be automatically recognized in other Member State, in particular if it was rendered without a hearing of the debtor in order to safeguard the *“surprise effect”* of the measure previously referred. The intention is to improve that situation with a European system for the attachment of bank accounts and to grant the creditor an effective provisional remedy operating across the entire European Union.

Oscar Wilde has a very well known phrase: *“When I was young, I used to think that money was the most important thing in life. Now I am old, I know that it is.”*. As a lawyer, we usually recommend to avoid the judiciary when possible – at least in Spain – since many problems can be effectively avoided in practice. Efficient prevention of irrecoverable debts - besides arrangement of advance payments or sufficient prepayments - is especially based on obtaining as much information as possible about the current economic situation and economic power of a contractual partner and arrangement of adequate securing as a previous demand to any business and when it is possible to obtain it.

Some important issues remain opened such as the question of the *priority for creditors* which is already complex enough in each jurisdiction to have them now “harmonized”; how are we going to deal with data *protection and bank secrecy*?; are *National exemptions* going to be allowed?; and what about the “timings” for each phase of the proceeding and length of the attachment order. The delay on the approval of this new measure is justified by the complexity of the subject matter.

While forthcoming proposals will be of interest to those who regularly seek to enforce judgments in the EU, the sensitive nature of the issue is likely to mean that progress will be relatively slow. The Attachment Order seems to be a great step forward and a need, more than an advantage, in the field of European debt collection. At the moment, this type of action has to be pursued through national courts in the two countries which can be very costly, complex and time time-consuming. A European bank attachment order would really simplify and speed up the process.

# PRINCIPLES OF NATIONAL PROCEDURAL LAW IN SUMMARY PROCEDURES AND THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS OF THE EUROPEAN LAW

**José Caramelo Gomes**

## **Abstract**

This paper presents the limits to the applicability of national procedural rules to the enforcement of European Union law by national courts in general and the European Small Claims Procedure in particular. It discusses several European Court of Justice Principles, such as the Principle of the institutional and procedural autonomy of the Member-states, the Principle of equivalence and the Principle of effectiveness and points to the probable evolution of the case-law on the value and validity of national law incompatible with the European Union law.

## **Keywords**

European Small Claims Procedure – European Court of Justice – Case-law – Direct applicability – Principle of the institutional and procedural autonomy of the Member-states – Principle of equivalence – Principle of effectiveness – *ex prorii motu* – *res iudicata*

## **1. Introduction**

The Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 established the European Small Claims Procedure in national jurisdictions. Although containing some detailed rules of procedure, the fact is that these rules are not exhaustive. In fact, article 19 of the Regulation stipulates that “*Subject to the provisions of this Regulation, the European Small Claims Procedure shall be governed by the procedural law of the Member State in which the procedure is conducted.*” The governance of this procedure by national procedural law is limited in two different ways: the first results from the first sentence of article 19 of the Regulation. The second results from the case-law of the European Court of Justice.

European Union Law has come a long way in the past six decades, most of it under the steering of the European Court of Justice (ECJ)<sup>7</sup>. This role of the ECJ was not to be expected, at first sight, when looking to the institutional framework established by the Treaties in 1957. There was, nonetheless, a set of rules (articles 219, 164 and 177)<sup>8</sup> that, on a closer look contained all the necessary ingredients for the ECJ to assume the steering wheel: mandatory and sole jurisdiction to interpret the Treaties and the power to work

---

<sup>7</sup> A. ARNULL, *The European Union and Its Court of Justice* (Oxford: EC Law Library, 1999).

<sup>8</sup> A.: 1989 BARAV, pp. 390, “The Court of Justice of the European Communities,” in *The Role of Courts in Society*, ed. Shimon SHETREET (Leiden: Nijhof, 1989).

together with national courts. This power included the ability to solely interpret the rules about its own competence and the ECJ has, for the past decades, used it extensively, especially in preliminary rulings cases<sup>9</sup>.

Legal doctrine in general acknowledges the *Van Gend en Loos* judgement<sup>10</sup> as the founding case for the European Community legal order<sup>11</sup>. Whilst accepting the relevance of the Direct applicability principle, we think that the specific nature of the European Communities (EC) legal order was declared by the ECJ in a different case, only a couple of months later, in the *Da Costa* judgement<sup>12</sup>, where the ECJ was required to answer roughly the same question of the *Van Gend en Loos* case: can individuals and companies rely on article 12 of the European Economic Community (EEC) Treaty against the national authorities and, if so, do national courts have the power or duty to enforce it?

Rather than answer this question for the second time, the ECJ “redrafted” it, considering that what was at issue was in fact the nature and effects of its own rulings<sup>13</sup>. This, at the time, was actually a matter of first impression and the ECJ ruled that the existence of a previous ECJ ruling on a matter waives the need (whilst not precluding the power<sup>14</sup>) for requests of national courts for subsequent preliminary rulings on it: *“The obligation imposed by the third paragraph of article 177 of the EEC treaty upon national courts or tribunals of last instance may be deprived of its purpose by reason of the authority of an interpretation already given by the Court under article 177 in those cases in which the question raised is materially identical with a question which has already been the subject of a preliminary ruling in a similar case.”*<sup>15</sup>

This ruling, in our view, emulates the effect of binding precedent of the common law<sup>16</sup> systems and some more clarification from the ECJ would be welcome. Unfortunately, the issue of the effects of the ECJ’s rulings is not exactly a best-seller amongst the national courts, so the number of ECJ judgments in this matter is quite limited, *CILFIT*<sup>17</sup> and *Dior*<sup>18</sup> being the most significant. Both judgments have added little to the first case: in *CILFIT* the Court ruled that *“Although the third paragraph of article 177 of the EEC treaty unreservedly requires national courts or tribunals against whose decisions there is no judicial remedy under national law to refer to the Court every question of interpretation raised before them, the authority of an interpretation already given by the Court may however deprive the obligation of its purpose and thus empty it of its substance. Such is the case especially when the question raised is materially identical with a question which has already been the subject of a preliminary ruling in a similar case or where previous decisions of the Court have already dealt with the point of law in*

---

<sup>9</sup> J. BENGOTXEA, *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards an European Jurisprudence* (Oxford: Clarendon Press, 1993).

<sup>10</sup> *Van Gend En Loos*, 1963 ECR (1963).

<sup>11</sup> Jean; CHEVALIER BOULOUIS, *Grands Arrêts De La Cour De Justice Des Communautés Européennes*, 5 ed., vol. 1 (Paris: Dalloz, 1990).

<sup>12</sup> *Da Costa*, 1963 ECR (1963).

<sup>13</sup> José Luis CAMELO GOMES, *Lições De Direito Da União Europeia* (Coimbra: Almedina, 2009).

<sup>14</sup> *“Article 177 always allows a national court or tribunal, if it considers it appropriate, to refer questions of interpretation to the Court again even if they have already formed the subject of a preliminary ruling in a similar case” - Da Costa.*

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> CAMELO GOMES, *Lições De Direito Da União Europeia*.

<sup>17</sup> *Cilfit*, 1982 ECR (1982).

<sup>18</sup> *Dior*, 1997 ECR I-1547 (1997).

question, irrespective of the nature of the proceedings which led to those decisions, even though the questions at issue are not strictly identical.”<sup>19</sup> and in the *Dior* case that “a court against whose decisions there is no remedy under national law, as is the case with both the Benelux Court of Justice and the Hoge Raad der Nederlanden, must make a reference to the Court of Justice under the third paragraph of Article 177 of the Treaty. However, that obligation loses its purpose and is thus emptied of its substance when the question raised is substantially the same as a question which has already been the subject of a preliminary ruling in the same national proceedings.”<sup>20</sup>

Because of the nature and effects of its judgments, the ECJ rulings often create or reveal general principles of European Union law. The first principle thus revealed was, of course, the principle of the direct applicability in the above mentioned case *Van Gend en Loos*. Given the nature of the European integration and the principle of proportionality (inserted in the Treaties from the beginning), as well as the specificity of the “law making” process by the ECJ<sup>21</sup>, the building of the principle of law from the case description must respect what is called restrictive interpretation. The consequence is that the building up of the general principle may take years or decades, as requests for “widening” preliminary rulings<sup>22</sup> arrive in Luxembourg<sup>23</sup>.

A good example of such process is the building up of the principle of the direct applicability of European law. It all started with the *Van Gend en Loos* case back in 1963 when the ECJ declared that, under some circumstances and if some requirements were fulfilled, as to the characteristics of the rule, the provisions of the EEC treaty could be summoned and applied by national courts. These circumstances limited the scope of the principle and from the *Van Gend en Loos* case one could only harvest the possibility of enforcement of the Treaties’ provisions in favour of citizens and companies against the Member-states, i. e, such rules would only be applicable in vertical litigation. Further developments occurred in the early seventies with the judgment in the *Grad*<sup>24</sup> case, as to the direct applicability of Decisions of the European Communities Institutions, in the mid seventies with the judgment in the *Defrenne*<sup>25</sup> case and the enlargement of the principle to horizontal litigation in case of Treaty provisions, the *Van Duyn*<sup>26</sup> judgment and the vertical litigation concerning non implemented Directive provisions and in the mid eighties, with some contradictory case-law as to the enforcement of provisions of non implemented Directives in horizontal litigation [against, *Marshall*<sup>27</sup> of 1986, in favour (although limited to the

---

<sup>19</sup> *Cilfit*.

<sup>20</sup> *Dior*.

<sup>21</sup> Jean BOULOUIS, "A Propos De La Fonction Normative De La Jurisprudence: Remarque Sur L'oeuvre Jurisprudentielle de La Cour De Justice Des Communautés Européennes," in *Mélanges Walline* (Paris LGDJ, 1975).

<sup>22</sup> COLIN, *Le Gouvernement Des Juges Dans Les Communautés Européennes* (Paris: LGDL, 1966).

<sup>23</sup> This is one of the reasons to the use of the expression “in the current state of Community law”.

<sup>24</sup> *Grad*, 1970 ECR 825 (1970).

<sup>25</sup> *Defrenne*, 1976 ECR 455 (1976).

<sup>26</sup> *Van Duyn*, 1974 ECR 1337 (1974).

<sup>27</sup> *Marshall*, 1986 ECR 723 (1986).

protection of workers in the case of transfer of undertakings' Directive) *Wendelboe*<sup>28</sup> and *Danmols Inventar*<sup>29</sup> of 1985]. The direct applicability of the non implemented directives saga continues to this day (after almost 50 years), as, at least apparently, conflicting rulings have been issued by the ECJ even in 2010<sup>30</sup>.

In any case, the ECJ is responsible for laying down the fundamental principles of EU law Pescatore<sup>31</sup> once called the *acquis formel* of the European Community Law: direct applicability and supremacy (or precedence), among others. These two principles are the starting point for the subject we will be discussing in this article. In fact, because of the direct applicability (or direct effect) of the EC (now EU) law, national courts are in charge of applying European law<sup>32</sup>. They do so, in the absence of European rules of procedure and jurisdictional competence, in compliance to their own national law: this is the content of the Principle of the institutional and procedural autonomy of the Member-states (PIPA).

## 2. The Principle of the institutional and procedural autonomy of the Member-states

The Principle of the institutional and procedural autonomy of the Member-states (PIPA) was first enounced by the ECJ in its judgments of 16<sup>th</sup> of December 1976 in the cases *Comet*<sup>33</sup> and *Rewe*<sup>34</sup>: “*In the absence of any relevant community rules, it is for the national legal order of each member state to designate the competent courts and to lay down the procedural rules for proceedings designed to ensure the protection of the rights which individuals acquire through the direct effect of community law (...)*”. This ruling is quite consistent throughout the last decades in the case-law, with the ECJ using almost precisely the same phrasing in its judgments: for instance, in its 26<sup>th</sup> of October 2006 judgment in the case *Mostaza Claro*<sup>35</sup>, the Court ruled that “*According to settled case-law, in the absence of relevant Community rules, the detailed procedural rules designed to ensure the protection of the rights which individuals acquire under Community law are a matter for the domestic legal order of each Member-State, under the principle of the procedural autonomy of the Member-States (...)*”.

From the very beginning the ECJ realized that some boundaries to this principle had to be drawn. There are, of course, a great number of good reasons for the caution the ECJ adopted. The imagination Members-states have showed in creating national procedural law capable of denying, on procedural groundings, the safeguarding of the right individuals claim under substantive community law, is enormous: discriminating procedural laws<sup>36</sup>, evidence law and presumptions<sup>37</sup>, delays of prescription<sup>38</sup>

---

<sup>28</sup> *Wendelboe* 1985 ECR (1985).

<sup>29</sup> *Danmols Inventar*, 1985 ECR 2639 (1985).

<sup>30</sup> See, in favour of the direct effect case *Asturcom*, 2009 ECR I-0000 (2009) and against, *Francesca Sorge*, 2010 ECR I-0000 (2010).

<sup>31</sup> P. PESCATORE, "Aspects Judiciaires De L'acquis Communautaire," *RTDE* (1981).

<sup>32</sup> A. BARAV, "La Fonction Communautaire Du Juge National" (Université de Strasbourg, 1983).

<sup>33</sup> *Comet*, 1976 ECR (1976).

<sup>34</sup> *Rewe*, 1976 ECR (1976).

<sup>35</sup> *Mostaza Claro*, I-2006 ECR (2006).

<sup>36</sup> *Salumi*, 1980 ECR (1980).

<sup>37</sup> See *Johnston*, 1986 ECR 723 (1986). See also *San Giorgio*, 1983 ECR (1983).



and caducity<sup>39</sup> and jurisdictional powers in general<sup>40</sup>. In the 1976 judgments the Court added to the quotation above that it would be so “(...) *provided that such rules are not less favourable than those governing the same right of action on an internal matter.*”<sup>41</sup> This, of course, is a consequence of the principle of the non-discrimination, sometimes also called principle of the national treatment (which itself is a consequence of the equality principle) established in the article 7 of the EC Treaty at the time and now included in the Treaty on the functioning of the European Union in article 18. Again, as it happens with the general of PIPA, the case-law is quite consistent over the years and we find a very similar phrasing in the *Mostaza Claro*, as the Court add to the quotation above the first requirement to admit the use of national law to govern the procedure: “(...) *provided that they are not less favourable than those governing similar domestic situations.*”<sup>42</sup> This limit is today known as the Principle of equivalence.

The second limit to PIPA is also consistent in the case-law. Back in 1976 the ECJ added to the quotations of the judgments above that the national rules of procedure could not apply if “(...) *those rules made it impossible in practice to exercise rights which the national courts have a duty to protect.*”<sup>43</sup> In the 2006 judgment the Court ruled that national rules will apply provided that “(...) *they do not render impossible in practice or excessively difficult the exercise of rights conferred by the Community legal order.*”<sup>44</sup> This limit is known today as the principle of effectiveness, although this is not its first designation under EU law: the underlying concepts or requirements, the right to a process which comprises the full range of safeguards, arose in Advocate-general Marco *Darmon*'s Opinion of 28th of January 1986 in the case 222/84<sup>45</sup> under the expression “*droit au juge*”.

### 3. The principle of equivalence

The early story of the principle of equivalence is worth telling, as it is a good example of the, unfortunately common, cat and mouse game between the EU law and the Member-states.

One of the questions a Danish court addressed the ECJ in the *Hans Just*<sup>46</sup> case aimed to learn if the repercussion in the price of goods of taxes illegally perceived was compatible with Community law. The main reason for this concern was the possible situation of unjustified enrichment that could happen otherwise. The ECJ considered this argument to be valid and ruled that the repercussion of taxes could be taken into account. The *Hans Just* judgment was delivered in 1980 and opened the door to the non reimbursement of national taxes levied in breach of EC law, if the value had been passed to another

---

<sup>38</sup> *Deutsche Milchkontor*, 1982 ECR (1982).

<sup>39</sup> *Cofidis*, I-2002 ECR (2002).

<sup>40</sup> *Peterbroeck*, I-1995 ECR (1995).

<sup>41</sup> See *Comet* and *Rewe*.

<sup>42</sup> *Mostaza Claro*.

<sup>43</sup> See *Comet* and *Rewe*.

<sup>44</sup> *Mostaza Claro*.

<sup>45</sup> *Johnston*.

<sup>46</sup> *Hans Just*, 1980 ECR (1980).

subject. Italy took advantage of this possibility and enacted legislation<sup>47</sup> refusing the right to reimbursement in case of passing of the charge that was presumed in case the goods had been transferred. This presumption could only be set aside by documentary evidence.

The ECJ, called to rule about the compatibility of Community law with such provisions in the case *San Giorgio*<sup>48</sup>, ruled that “*Any requirement of proof which has the effect of making it virtually impossible or excessively difficult to secure the repayment of charges levied contrary to Community law is incompatible with community law, even if repayment of a substantial number of, or even all, the national taxes, charges and duties levied in breach of community law is subject to the same restrictive conditions.*”

It must be noticed that the Italian rules fully complied with the requirements of the principle of the non discrimination (today known as the principle of equivalence): they would apply both to the reimbursement of taxes levied in breach of national or Community law. The rules were considered incompatible with Community law in a different ground that today would be called the principle of effectiveness.

#### 4. The principle of effectiveness

As seen before, the principle of effectiveness has been named “*droit au juge*” by the Advocate-general Darmon in his Opinion in the Johnston case<sup>49</sup>. Latter, in 1991, *Ami Barav*, who was *référénaire* for Mr. Darmon at the time of the delivery of the Opinion, following the work started on his PhD thesis<sup>50</sup>, called it “*La plénitude de compétence du juge national*”<sup>51</sup>. Whatever name or expression, the fact is that this principle is, in our view, the European Union expression of the Principle of the effective judicial protection inherent to the rule of law. Some peculiarities may arise in the European Union formulation, given the share of sovereign power between Member-states and the European Union and the conflict of laws that may appear, but the general and basic concept stays the same: the right to an efficient and exhaustive judicial protection, especially when litigating against the public authorities.

The so called *plénitude de compétence du juge national* is found quite clearly, as *Barav*<sup>52</sup> points out, in the *Simmenthal* case: “*A national court which is called upon, within the limits of its jurisdiction, to apply provisions of Community law is under a duty to give full effect to those provisions, if necessary refusing of its own motion to apply any conflicting provision of national legislation, even if adopted subsequently, and it is not necessary for the court to request or await the prior setting aside of such provision by*

---

<sup>47</sup> Article 10 of the Decree-Law No 430 of 10 of July 1982.

<sup>48</sup> *San Giorgio*.

<sup>49</sup> *Johnston*.

<sup>50</sup> BARAV, “La Fonction Communautaire Du Juge National”.

<sup>51</sup> BARAV, “La Plénitude De Compétence Du Juge National En Sa Qualité De Juge Communautaire,” in *L’Europe Et Le Droit : Mélanges Jean Boulouis* (Paris: Dalloz, 1991).

<sup>52</sup> BARAV, “La Fonction Communautaire Du Juge National”. and BARAV, “La Plénitude De Compétence Du Juge National En Sa Qualité De Juge Communautaire.”

*legislative or other constitutional means.*"<sup>53</sup> These powers of national courts mean, for instance, that "The principle of effective judicial control (...) does not allow a certificate issued by a national authority stating that the conditions for derogating from the principle of equal treatment for men and women for the purpose of protecting public safety are satisfied to be treated as conclusive evidence so as to exclude the exercise of any power of review by the courts"<sup>54</sup>

Another problem that may arise from national procedural law that may conflict with the requirements of the principle of effectiveness is the lack of procedural means. That was the issue in the *Factortame*<sup>55</sup> case, as there was no remedy available under national law to support the claim for interim relief against an act of the British Parliament. After the remarkable judgment of 10<sup>th</sup> of March 1989 by the Divisional Court of the Queen's Bench Division, whereby the interim relief was granted, latter appealed at the Court of Appeal and set aside, the House of Lords addressed, by judgment of 18<sup>th</sup> of May 1989, the ECJ a request for a preliminary ruling so to understand if, in the absence of the power to grant interim relief against an act of Parliament under national law, such power was granted by Community law. Although poorly grounded, as the particularly accurate and clear questions of the House of Lords were redrafted and the focus of the problem diverted, the final result was in favour of the power of granting interim relief against the act of the Parliament. This was only one of the early occurrences of what we may call the ECJ "remedy making power"<sup>56</sup> and certainly worth mentioning is the case-law about the Member-states liability for breach of EC law.

The state liability principle was applied to the non implantation of Directives with the *Francovich*<sup>57</sup> case back in 1991. Welcomed and cheered in general, the truth is that this ruling was, at first (still is by many) misunderstood: many Authors considered that it established a principle of the state liability for breach of provisions without direct effect of non implemented Directives. In fact, additional rulings have demonstrated that this interpretation was wrong: it is precisely the opposite - the breached provisions must be able to be applied<sup>58</sup>, fulfilling the inconditionality and clarity requirements laid by the ECJ case-law on the direct effect.

The principle of the state liability was extended to the breach of EC law authored by the national legislative bodies, either by action or default, with the ruling in *Brasserie du Pecheur*<sup>59</sup>: it was at stake the maintenance of the Law about the purity of the beer by the German Parliament and the enacting of the Fishing Vessels Registration Act by the British Parliament. In this judgement the ECJ ruled:

---

<sup>53</sup> *Simmenthal*, 1978 ECR (1978). Recital 24.

<sup>54</sup> *Johnston*. Recital 21.

<sup>55</sup> *Factortame*, I-1990 ECR I-2433 (1990).

<sup>56</sup> José Luis CAMELO GOMES, *O Juiz Nacional E O Direito Comunitário* (COIMBRA: ALMEDINA, 2003; Reimpressão 2006; reprint, 2006). Other similar in nature occurrences were, for instance, *Brasserie Du Pecheur*, I-1996 ECR I-1029 (1996)., about the Member-state liability for the breach of EU law by an action or omission of national Parliament and *Kobler*, I-2003 ECR (2003)., about the Member-state liability for breach of EU law by the national courts.

<sup>57</sup> *Francovich*, I-1991 ECR I-5357 (1991).

<sup>58</sup> CAMELO GOMES, *O Juiz Nacional E O Direito Comunitário*.

<sup>59</sup> *Brasserie Du Pecheur*.

*“The principle that Member States are obliged to make good loss or damage caused to individuals by breaches of Community law for which they can be held responsible is applicable where the national legislature was responsible for the breaches.*

*“That principle, which is inherent in the system of the Treaty, holds good for any case in which a Member State breaches Community law, whatever be the organ of the State whose act or omission was responsible for the breach, and, in view of the fundamental requirement of the Community legal order that Community law be uniformly applied, the obligation to make good damage enshrined in that principle cannot depend on domestic rules as to the division of powers between constitutional authorities.”*

Finally, with the *Kobler* ruling the ECJ extended the principle of state liability for breach of EC law to those breaches authored by national courts in a crystal clear statement:

*“The principle that Member States are obliged to make good damage caused to individuals by infringements of Community law for which they are responsible is also applicable when the alleged infringement stems from a decision of a court adjudicating at last instance.*

*That principle, inherent in the system of the Treaty, applies to any case in which a Member State breaches Community law, whichever is the authority of the Member State whose act or omission was responsible for the breach.”*

Insofar as the breach of European law is concerned one must notice that a violation of the EU law authored by a national court, especially a superior court, is the most serious violation of the EU law that a national authority may perform: the EU rule in breach will always be an ECJ judgement – either a judgement rendered in the very proceedings, at request of any other national court involved in the process, or a judgment rendered in a similar situation or, at the very least, the *CILFIT* judgment concerning the obligation to refer a preliminary ruling to the ECJ<sup>60</sup> or even, as we will see, the judgements requiring the national court to assess, on its own motion, the EU pertinent rules.

#### **4.1 *Ex proprio moto***

One of the strongest limits imposed by the principle of effectiveness to national procedural law and principles lays in the obligation for the national courts to raise, on their own motion, the question of the compatibility of a national rule with Community law. The matter of first impression is the *Fratelli Constanzo*<sup>61</sup> case, where the ECJ ruled that national authorities, courts included, are under the same obligation to apply the provisions of a Directive that was not lawfully and timely implemented: national authorities may not rely on the non implementation not to apply such rules. This obligation means that national authorities must, on their own motion, apply the pertinent Directive provisions when that is the

---

<sup>60</sup> ———, *Lições De Direito Da União Europeia*.

<sup>61</sup> *Fratelli Constanzo*, 1989 ECR 1839 (1989).

case. This first impression is not, however, completely clear and, in any case, it has a very limited scope: only some provisions (those that according to the relevant ECJ case-law<sup>62</sup> may be relied upon by individuals in a court of law) of Directives are included.

This matter has, however, developed quite a lot and the second ruling on it, the *Peterbroeck*<sup>63</sup> case, presents a much wider scope: “Community law precludes application of a domestic procedural rule whose effect is to prevent the national court or tribunal, seized of a matter falling within its jurisdiction, from considering of its own motion whether a measure of domestic law is compatible with a provision of Community law when the latter provision has not been invoked by the litigant (...)”. There are several subsequent cases about this subject that have applied the *Peterbroeck* ruling: *Oceano*<sup>64</sup>, *Cofidis*<sup>65</sup>, *Eco Swiss*<sup>66</sup>, *Manfredi*<sup>67</sup> and *Asturcom*<sup>68</sup> among other.

## 4.2 *Res iudicata*

The breach of EU law may have consequences on the ability of a judgement of a national court to complete *res iudicata* effects. The ECJ has repeatedly stated that the breach of EU law does not conflict with the recognition of such effects to a judgement in breach of EU law on the grounds of the principle of legal certainty. The statement, however, is often contradicted by the ruling.

That is not the case, for instance, of the first ruling of the ECJ determining that those effects could not be produced, in the judgement in *Lucchini*<sup>69</sup> case. In its judgement the Court had no doubts in declaring that “Community law precludes the application of a provision of national law, such as Article 2909 of the Italian Civil Code, which seeks to lay down the principle of *res iudicata* in so far as the application of that provision prevents the recovery of State aid granted in breach of Community law which has been found to be incompatible with the common market in a decision of the Commission which has become final.”<sup>70</sup>

Differently, in *Olimpiclub*<sup>71</sup> the ECJ starts by proclaiming that the “Community law does not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a decision, even if to do so would make it possible to remedy an infringement of Community law on the part of the decision in question.” Nonetheless, the Court stated that “The rules implementing the principle of *res iudicata*, which are a matter for the national legal order in accordance with the principle of the procedural autonomy of the Member States, must not, however, be less favourable than those governing similar

---

<sup>62</sup> Amongst many others, *Van Duyn*.

<sup>63</sup> *Peterbroeck*.

<sup>64</sup> *Oceano*, 2000 ECR I-4941 (2000).

<sup>65</sup> *Cofidis*.

<sup>66</sup> *Eco Swiss*, I-1999 ECR I-3055 (1999).

<sup>67</sup> *Manfredi*, I-2006 ECR I-6619 (2006).

<sup>68</sup> *Asturcom*.

<sup>69</sup> *Lucchini*, I-2007 ECR I-6199 (2007).

<sup>70</sup> Recital 63.

<sup>71</sup> *Olimpiclub*, I-2009 ECR I-7501 (2009).

*domestic actions (principle of equivalence); nor may they be framed in such a way as to make it in practice impossible or excessively difficult to exercise the rights conferred by Community law (principle of effectiveness)."* In conclusion, the Court ruled that *"Community law precludes the application, in such circumstances, of a provision of national law which seeks to lay down the principle of res judicata, in a dispute concerning value added tax relating to a tax year for which no final judicial decision has yet been delivered, to the extent that it would prevent the national court seized of that dispute from taking into consideration the rules of Community law concerning abusive practice in the field of value added tax."*

A third ruling worth mentioning is *Asturcom*<sup>72</sup>. In this case the ECJ merged both its rulings about the power of a national court to assess of his own motion the breach of EC law and the impossibility of producing *res iudicata* effects, limiting, however, the ruling by the principle of equivalence:

*"A national court or tribunal hearing an action for enforcement of an arbitration award which has become final and was made in the absence of the consumer is required, where it has available to it the legal and factual elements necessary for that task, to assess of its own motion whether an arbitration clause in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer is unfair, in so far as, under national rules of procedure, it can carry out such an assessment in similar actions of a domestic nature."*

The fourth case we consider interesting in the matter of *res iudicata* is *Filipiak*<sup>73</sup>, although the expression (*res iudicata*) does not appear at all in the judgement. This was a preliminary ruling requested by a Polish court in 2008, concerning the refusal of the Polish tax authorities to grant Mr *Filipiak* entitlement to tax advantages in respect of the payment of social security and health insurance contributions in the tax year, in the case where the contributions were paid in a Member-state other than the State of taxation, even though such tax advantages are granted to taxpayers whose contributions are paid in the Member-state of taxation. The national rules opposed to Mr. *Filipiak* were considered unconstitutional by the Polish Constitutional Court but the effects of the judgement were limited in time. The national court asked the ECJ if such time limits ruled by the Constitutional Court in a bidding and final judgement were compatible with EC law and thus enforceable by it. Answering, the ECJ ruled that *"It follows that, in a situation such as that of the applicant in the main proceedings, the deferral by the Trybunał Konstytucyjny of the date on which the provisions at issue will lose their binding force does not prevent the referring court from respecting the principle of the primacy of Community law and from declining to apply those provisions in the proceedings before it, if the court holds those provisions to be contrary to Community law."*

---

<sup>72</sup> *Asturcom*.

<sup>73</sup> *Filipiak*, I-2009 ECR I-0000 (2009).

## 5. Consequences of the requirements of the effective jurisdictional protection

The million euro question arising from the recent case-law of the ECJ on the principle of effectiveness, especially the one about the powers of national courts to assess on their own motion breaches of EU law and the one preventing *res iudicata* under some circumstances, is, in our view, the value of the national law incompatible with EU law.

This, of course, is not a new question. It has been asked to the Court several times in the past and, in most cases the answer was that national law incompatible with Community law is inapplicable<sup>74</sup>. The answer, however, is inconsistent with the recent developments. Some EU law provisions have been considered matter of public policy<sup>75</sup>, able to be applied by national courts on their own motion and its breach prevents national courts judgements of producing *res iudicata*, as seen above.

The ECJ has not yet, at least recently, ruled about this issue. Nonetheless, maybe it is time to recall recitals 17 and 18 of the three decades old *Simmenthal*<sup>76</sup> judgment:

*“17. Furthermore , in accordance with the principle of the precedence of Community law , the relationship between provisions of the treaty and directly applicable measures of the institutions on the one hand and the national law of the Member States on the other is such that those provisions and measures not only by their entry into force render automatically inapplicable any conflicting provision of current national law but - in so far as they are an integral part of, and take precedence in, the legal order applicable in the territory of each of the Member States - also preclude the valid adoption of new national legislative measures to the extent to which they would be incompatible with community provisions.*

*18. Indeed any recognition that national legislative measures which encroach upon the field within which the Community exercises its legislative power or which are otherwise incompatible with the provisions of Community law had any legal effect would amount to a corresponding denial of the effectiveness of obligations undertaken unconditionally and irrevocably by Member States pursuant to the treaty and would thus imperil the very foundations of the Community.”*

---

<sup>74</sup> See, among many others, the recent judgement of 22 June 2010, *Melki*, I-2010 ECR I-0000 (2010).

<sup>75</sup> See *Manfredi.*, *Eco Swiss.*, *Asturcom.*,

<sup>76</sup> *Simmenthal*.

## References

- ARNULL, A. . *The European Union and Its Court of Justice*. Oxford: EC Law Library, 1999.
- BARAV, A. "La Plénitude De Compétence Du Juge National En Sa Qualité De Juge Communautaire." In *L'europe Et Le Droit : Mélanges Jean Boulouis*. Paris: Dalloz, 1991.
- BARAV, A. . "La Fonction Communautaire Du Juge National." Université de Strasbourg, 1983.
- BARAV, A. : 1989, pp. 390. "The Court of Justice of the European Communities." In *The Role of Courts in Society*, edited by Shimon SHETREET, 390. Leiden: Nijhof, 1989.
- BENGOETXEA, J. . *The Legal Reasoning of the European Court of Justice. Towards an European Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press, 1993.
- BOULOUIS, Jean "A Propos De La Fonction Normative De La Jurisprudence: Remarque Sur L'oeuvre Jurisprudentielle De La Cour De Justice Des Communautés Européennes." In *Mélanges Walline*, 149. Paris LGDJ, 1975.
- BOULOUIS, Jean; CHEVALIER. *Grands Arrêts De La Cour De Justice Des Communautés Européennes*. 5 ed. Vol. 1. Paris: Dalloz, 1990.
- CARAMELO GOMES, José Luis. *Lições De Direito Da União Europeia*. Coimbra: Almedina, 2009.
- . *O Juiz Nacional E O Direito Comunitário*. COIMBRA: ALMEDINA, 2003; Reimpressão 2006. Reprint, 2006.
- COLIN. *Le Gouvernement Des Juges Dans Les Communautés Européennes*. Paris: LGDL, 1966.
- PESCATORE, P. "Aspects Judiciaires De L'acquis Communautaire." *RTDE* (1981): 617.

## Cases

- Asturcom*, I-2009 ECR I-0000 (2009).
- Brasserie Du Pecheur*, I-1996 ECR I-1029 (1996).
- Cilfit*, 1982 ECR (1982).
- Cofidis*, I-2002 ECR (2002).
- Comet*, 1976 ECR (1976).
- Da Costa*, 1963 ECR (1963).
- Danmols Inventar*, 1985 ECR 2639 (1985).
- Defrenne*, 1976 ECR 455 (1976).
- Deutsche Milchkontor*, 1982 ECR (1982).
- Dior*, I-1997 ECR I-1547 (1997).
- Eco Swiss*, I-1999 ECR I-3055 (1999).
- Factortame*, I-1990 ECR I-2433 (1990).
- Filipiak*, I-2009 ECR I-0000 (2009).
- Francesca Sorge*, I-2010 ECR I-0000 (2010)



*Francovich*, I-1991 ECR I-5357 (1991).

*Fratelli Constanzo*, 1989 ECR 1839 (1989).

*Grad*, 1970 ECR 825 (1970).

*Hans Just*, 1980 ECR (1980).

*Johnston*, 1986 ECR 723 (1986).

*Kobler*, I-2003 ECR (2003).

*Lucchini*, I-2007 ECR I-6199 (2007).

*Manfredi*, I-2006 ECR I-6619 (2006).

*Marshall*, 1986 ECR 723 (1986).

*Melki*, I-2010 ECR I-0000 (2010).

*Mostaza Claro*, I-2006 ECR (2006).

*Oceano*, I-2000 ECR I-4941 (2000).

*Olimpiclub*, I-2009 ECR I-7501 (2009).

*Peterbroeck*, I-1995 ECR (1995).

*Rewe*, 1976 ECR (1976).

*Salumi*, 1980 ECR (1980).

*San Giorgio*, 1983 ECR (1983).

*Simmenthal*, 1978 ECR (1978).

*Van Duyn*, 1974 ECR 1337 (1974).

*Van Gend En Loos*, 1963 ECR (1963).

*Wendelboe* 1985 ECR (1985).

## ORDER FOR PAYMENT PROCEDURE IN THE NETHERLANDS

**Anna Leonarda Hubertina Ernes<sup>77</sup>**

### **Summary**

The Netherlands used to have a national payment order procedure quite similar to the present European Order for Payment Procedure. This procedure however was abolished. The Netherlands now do have a procedure for the recovery of uncontested claims in cross-border cases, but not in national cases.

Although the Netherlands legislator allows filing a request to obtain a European order for payment via email, it is factually not yet possible.

Applications (in Dutch) for a European order for payment may be submitted to the district court in The Hague.

In the Netherlands there are two ways of serving the defendant with the European Payment Order. The European Payment Order can be sent to the defendant by registered mail, followed by the defendant's signature on receipt of the order, and the order can be served by bailiff.

The Dutch Execution Act has not introduced any extra demands for the statement of opposition by the defendant, therefore in the Netherlands the opposition does not have to be reasoned.

The review procedure is a procedure with which Netherlands civil procedure law was unfamiliar. However, it resembles the national procedure in which a defendant appeals a court sentence of a procedure in which he did not appear in court.

### **Keywords**

Order for Payment Procedure, access to justice, centralization of the procedure, statement of opposition, review

---

<sup>77</sup> Open University of the Netherlands, Maastricht University, District Court Maastricht, Court of Appeal Arnhem, JPR Attorneys Deventer, Heibosweg 3, 6371 EG Landgraaf (NL), anka.ernes@ou.nl

## **1. General remarks concerning The Netherlands and the European Order for Payment Procedure**

### **1.1 The input of the Netherlands during the creation of the European Order for Payment Procedure**

The present European Order for Payment Procedure<sup>78</sup> is the outcome of a long process of negotiations within Europe. The Committee-proposal dates back to March 2004.<sup>79</sup> The goal of the Netherlands during these negotiations was that the new procedure would be a highly practical, easy to use procedure for all participants. To achieve this target The Netherlands consulted the Netherlands Council for the Judiciary (*Raad voor de Rechtspraak*), the State Committee on International Private Law (*Staatscommissie IPR*) and the Advisory Committee on Civil procedure (*Adviescommissie BPR*) immediately from the start of the negotiations.<sup>80</sup> Also, the Netherlands installed a project group consisting of a bailiff, a cantonal court judge, a member of the Council for the Judiciary, a representative of the Association of Attorneys and representatives of financial, policy and legislative departments of the Ministry of Justice. This project group studied every article of each new version of the proposed European Order for Payment Procedure. The influence of this project group can be shown in the following example.

It was proposed by the Justice and Home Affairs Council (JHA) in April 2005 under the Presidency of Luxemburg that Member States had the liberty to require documented evidence of claim. This preliminary proposal was opposed by The Netherlands and Germany on the basis of practicality and costs.<sup>81</sup> This opposition was successful and has resulted in the rule that a claimant under the European Order for Payment Procedure only has to describe the evidence supporting his claim, article 7 (e) European Order for Payment Procedure. Documented evidence of the claim is not required! The present version of article 7 (e) was accepted by the JHA in December 2005 under the Presidency of Great-Britain.

### **1.2 Amendment of the national procedural law of the Netherlands regarding orders for payment**

The European Order for Payment Procedure, neither replaces nor harmonises the existing mechanisms for the recovery of uncontested claims under national law. It is however an additional procedure that needed implementation in Dutch procedural law. The Netherlands did not have a procedure for the recovery of uncontested claims.

---

<sup>78</sup> Regulation (EC) No 1896/2006.

<sup>79</sup> Proposal of March 19, 2004, COM 2004/173 def.

<sup>80</sup> P.M.M. van der Grinten, *De inbedding van de Europese betalingsbevelprocedure in het Nederlandse burgerlijk procesrecht: een leerzaam proces*. Published in: *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, M.V. Polak (redactie), *Ars Aequi Libri* 2010, p. 108-129.

<sup>81</sup> The argument was that the translation of the required documents would be a costly affair, which would put the efficiency of the procedure at risk.

The act, necessary for the implementation of the European Order, came into effect on June 10<sup>th</sup> 2009.<sup>82</sup> As a result, the Netherlands now do have a procedure for the recovery of uncontested claims in cross-border cases, but not in national cases. Similarly the Netherlands do have a European small claims procedure, but not a national small claims procedure.<sup>83</sup>

It is interesting to point out that previously (since 1942) The Netherlands used to have a national payment order procedure (*betalingsbevelprocedure*)<sup>84</sup>, quite similar to the present European Order for Payment Procedure. The original Dutch payment order procedure laid down proceedings for claims below f 2.500. The original 1942 procedure was abolished in 1991 because it was very rarely used.<sup>85</sup> The reason for this was twofold. Firstly, the administration fees had been raised to a very unattractive level and, secondly, the bailiffs adopted a negative attitude towards the payment procedure.<sup>86</sup>

In 1991 a new type of access to justice was introduced in The Netherlands. The claimant could simply address the registry office of the court by means of a summons form.<sup>87</sup> The court's registry office would then send this form to the defendant by registered mail (article 104 Code of Civil Procedure, now abolished). The purpose of the procedure was to facilitate the claimant's access to justice, since the claimant was allowed to fill in the summons form without representation by an attorney.<sup>88</sup> Once the court was addressed by the claimant and the defendant had been informed of the summons, a regular procedure would follow. So, the summons form did not result in a payment order.

This procedure was abolished as per January 1, 2002.<sup>89</sup> The filling out of the form proved to be too difficult for many claimants. On top of that, the usage of the form caused delays in the procedure because many people filled out the form incorrectly and the form had then to be returned (by the court's registry office) to the claimant to be rectified. Lastly, the registered letter was often not collected or accepted by the defendant, which meant that a subpoena still had to be served.<sup>90</sup>

Presently, whenever a claimant in a Dutch national payment case, desires to obtain payment of his claim, he has to use the writ of summons procedure. In most cases the defendant fails to appear in the procedure and the court ruling in favour of the claimant can be given after a short (one sided) procedure (*verstekprocedure*). Of course, the defendant can appeal this court sentence (*verzetprocedure*)<sup>91</sup>, but these appeals are rare.

As stated before, the European Order for Payment Procedure has been implemented in the Netherlands. The question can be asked whether, since the implementation, many claimants have used this new cross-

<sup>82</sup> Act of May 29, 2009, *Staatsblad*. 2009, 232 (referred to as Dutch Execution Act).

<sup>83</sup> Regulation (EC) No 861/2007.

<sup>84</sup> W. Hugenholtz, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 15th edition, Utrecht 1988, adapted by W.H. Heemskerk, p. 119-121.

<sup>85</sup> This procedure was abolished by the Act of January 31, 1991 *Staatsblad* 50, which came into effect on December 30, 1991.

<sup>86</sup> X.E. Kramer en B. Sujecki, *Fundamentele herbezinning op de betalingsbevelprocedure*, Tijdschrift voor de Civiele Rechtspleging 2007, nr. 1, p. 1-8.

<sup>87</sup> This form was available for free.

<sup>88</sup> W. Hugenholtz, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 16th edition, Utrecht 1991, adapted by W.H. Heemskerk, p. 119.

<sup>89</sup> Law of December 6, 2001, *Staatsblad* 2001, 580 and 623, also Parliamentary History: *Parl. Geschiedenis Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, Kluwer Deventer 2002.

<sup>90</sup> Parliamentary History 26 855 nr. 5, p. 47.

<sup>91</sup> Articles 143-148 Netherlands Code of Civil Procedure.

border procedure. In the Netherlands I have only found two published procedures until this date.<sup>92</sup> In both procedures the defendant opposed the claim. I would guess however that procedures in which no opposition takes place, are not published regularly.

## 2. How to file an application

The Netherlands Code of Civil Procedure (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) lays down a dualistic system for access to justice. The names of these procedures are derived from the way the proceedings are formally instituted in the Code. A procedure can be initiated by a writ of summons (or subpoena), issued by the plaintiff and served to the defendant by a bailiff (*dagvaardingsprocedure*). On the other hand a procedure can be submitted by a request addressed to a judge (*verzoekschriftprocedure*). The European Order for Payment Procedure is seen as a request procedure.

This classification as a request procedure leads to the applicability to the European Order for Payment Procedure in the Netherlands of articles 278 and 33 of the Code of Civil Procedure. According to article 278 a request procedure can be initiated by handing in the request at the registry office of the court, by sending it to the court via (regular) mail, by dropping it off in the mailbox of the court's registry office or by telefax. This might give rise to the thought that it is not allowed to file a request by means of email. That conclusion however is not correct.

Since 2008 The Netherlands Code of Civil Procedure acknowledge the possibility to file a request via email. This relatively new addition to the Code of Civil Procedure is article 33.<sup>93</sup> Article 33 states that a request can be done via email on the condition that the specific court has allowed this possibility in the court's procedural rules. This condition proves to be a problem. According to article 1.1.3 of the National Rules for Request Procedures it is not yet possible to send in a request via email.<sup>94</sup> Therefore, although the Dutch legislator allows filing a request via email, it is factually not yet possible. This then is also (until now) the fate for the request to receive a European Payment Order by email. It is not possible in The Netherlands!

On the website of the Council for the judiciary<sup>95</sup> is published that the forms will have to be filled out in the Dutch language.<sup>96</sup> The website has a link to the forms A to G. Freudenthal has voiced her regret that it is not possible to use the English language in the forms.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> Rechtbank Almelo February 28, 2010, LJN: BL9357 and Rechtbank Arnhem 9 juni 2010, LJN: BM 9498 (Spedition Balter GmbH & Co KG/Expeditiebedrijf Bakker BV).

<sup>93</sup> Act of March 20, 2008 (*Wet Afschaffing procuraat en invoering elektronisch berichtenverkeer*). This act came into effect on September 1, 2008, *Staatsblad* 2008, 100.

<sup>94</sup> Also, this article states that a request can only be filed by fax if it amounts to less than 20 pages.

<sup>95</sup> <http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Formulieren/Europese+betalingsbevelprocedure.htm>

<sup>96</sup> According to article 2.6 Paragraph 1 *Algemene Wet Bestuursrecht*. If the Order for Payment Procedure could have been filed in the province of Friesland, also the Frysian language would have been allowed (article 2.10 *Algemene wet Bestuursrecht*), since Frysian is also an official language in the Netherlands by Act of May 11, 1956, *Staatsblad* 1956, 242 and Act of September 14, 1995, *Staatsblad* 440.

<sup>97</sup> Mirjam Freudenthal, *Uitvoering van de Verordening Europese betalingsbevelprocedure. Hoe Europees is Nederland?* *Nederlands Juristenblad* 2008, afl. 37, p. 2366-2369.

### 3. Where to file an application

According to the Dutch Execution Act, if a claimant wants to request a European Payment Order in the Netherlands, he has to file his request with the District Court (*rechtbank*). Depending on the amount of money involved in the request the claimant has to file his request either with the civil law section of the District Court (*sector civiel*) or with the cantonal section (*sector kanton*). The competence of the cantonal section is limited to requests up to € 5.000. Furthermore, cases concerning labour law, landlord and tenant law belong to the specific jurisdiction of the cantonal court. The competence of the cantonal court in the latter cases is not financially limited, article 93 Dutch Code of Civil Procedure. In a Draft of Law (32 021) this article is changed, with the result that the cantonal chamber of the district court will be competent in cases up to € 25.000. It is likely that this new law will be effective as of January 1, 2011.

This specific Dutch system however, is very complicated for foreign claimants. The Minister of Justice has drafted a revision of law, which centralizes the procedure in the court in The Hague. By letter of March 11, 2010 the Minister of Justice asked the advice of the Dutch Association for the Judiciary (*Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak*) on this Draft. By letter of May 3, 2010 the requested advice was delivered. In the opinion of the Association the wish to concentrate the procedure at the court in The Hague is understandable.

Article 2 of the revised Act states that the claimant who wants to request a European Payment Order has to file his claim at the court in The Hague. No distinction is made between cases that would usually fall within the competence of the civil law section or the cantonal law section of the district court. All claims fall within the competence of the civil law section. This is a big advantage for claimants, who will not have to worry about the competence of the district court sections.<sup>98</sup> Paragraph 2 of article 2 states that, if a claimant has mistakenly filed his request in any other Dutch court, that court will relegate the case to the district court of The Hague.

Remarkably, this access to justice is factually already in effect. For the proceedings of European orders for payment, the District Court in The Hague has been designated as ancillary court hearing location for the courts in Alkmaar, Almelo, Amsterdam, Arnhem, Assen, Breda, Dordrecht, Groningen, Haarlem, 's-Hertogenbosch, Leeuwarden, Maastricht, Middelburg, Roermond, Rotterdam, Utrecht, Zutphen and Zwolle, based on a directive decree from the Netherlands Council for the Judiciary (*Raad voor de Rechtspraak*) with reference to article 8 of the Decision on ancillary domiciles and ancillary court hearing locations dated 8 December 2008 and published in the Government Gazette on 11 December 2008 (*Staatscourant* 2008 – 241), applicable as of 12 December 2008.<sup>99</sup> Applications for a European order for payment may be submitted to the:

---

<sup>98</sup> B. Sujecki, *Das elektronische Mahnverfahren*, Tübingen 2008, p. 222 elaborates on the advantages of exclusive competence.

<sup>99</sup> <http://www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Formulieren/Europese+betalingsbevelprocedure.htm>

Rechtbank 's-Gravenhage/District Court in The Hague

Sector Civiel Recht/Sector Civil Law

Algemene Zaken/General Affairs

Postbus 20302/P.O. Box 20302

2500 EH Den Haag/2500 EH The Hague

By the way, the internetsite

[http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/epo\\_courtsJurisd\\_nl.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/epo_courtsJurisd_nl.htm)

provides an overview of the competent courts in the various member states, in some cases even with their addresses and phone numbers.

#### **4. Documents required**

Since the translation costs of documents for the European Order for Payment Procedure would be too high for the claimant, it was decided by the EU that no written evidence has to be handed in by the claimant. The claimant has to state sufficient facts and elements of proof to enable the defendant to make an informed decision whether or not to object to the claim, article 7 (e) of the European Order for Payment Procedure (See also Paragraph 1.1)

In the Netherlands the court requires payment of the court fees by the claimant before the request will be dealt with.<sup>100</sup>

#### **5. The procedure**

If all the requirements of article 8 European Order for Payment Procedure are met, the Dutch court will issue a European Order for payment, as soon as possible and usually within 30 days after the initial request. The Dutch court will see to it that the European Payment Order is served to the defendant in accordance with Dutch national law and articles 13 - 15 of the European Order for Payment Procedure.

Article 13 of the European Order for Payment Procedure has been transcribed in Article 5 of the Dutch Execution Act. This article provides two ways of serving the defendant in the Netherlands with the European Payment Order. The European Payment Order can be sent to the defendant by registered mail, followed by the defendants signature on receipt of the Order (as in article 13c European Order for Payment Procedure). The second method is to serve the Payment Order by bailiff. Both methods are in accordance with the minimum demands of articles 13 and 14 of the European Order for Payment Procedure.

What was the reason for these two choices by the Netherlands legislator? It was expected that mainly business creditors would be using the procedure as claimants, whereas the defendants were likely to be

---

<sup>100</sup> B. Sujecki, *Grensoverschrijdende incassoprocedures in Europees perspectief*, Deventer 2009, p. 51-52.

consumers. Consumers are seen as the vulnerable party, whose official addresses don't always match their factual addresses. Also, it was considered unlikely that consumers would voluntarily go to the post office to receive a Payment Order and to return a signature card.<sup>101</sup> Therefore, realistically, the risk would exist that the defendant would not react to the request to return the signature card on receipt of the Payment Order. To avoid this risk, the Netherlands legislator has adopted as a second option, the method of serving the Payment Order by bailiff.<sup>102</sup> Then, a bailiff is engaged by the court to serve the Payment Order to the defendant. This is a novelty in Dutch civil procedure law. Usually a bailiff is engaged by the plaintiff or claimant to serve documents, not by the court!

In case the defendant resides in a different member state than the Netherlands, the payment Order will be served to him on the basis of article 277 Code of Civil Procedure, in accordance with Regulation (EC) No 1393/2007.<sup>103</sup>

Loos, who views the payment order procedure from the perspective of the consumer, has remarked that consumers do not seem to profit from the European Order for Payment Procedure.<sup>104</sup> In case the consumer is the claimant, he will often be confronted with an entrepreneur who denies his liability and will oppose the claim. In that case the procedure will continue as a regular procedure. If, on the other hand, the consumer is the defendant, he will have to either pay or oppose the claim. Again, the procedure will be continued as a regular procedure. Realistically then, what is the advantage for a consumer of having a European Order for Payment Procedure? In my opinion the arguments of Loos are not valid. The European Order for Payment Procedure is not supposed to be a means of consumer protection. The purpose of the Regulation is to simplify, speed up and reduce the costs of litigation in cross-border cases concerning uncontested pecuniary claims in general. The Regulation was not aimed to support or protect a specific group of people.

When the Payment Order has been received by the defendant, three possibilities arise. First the defendant may pay the required amount and thus fulfill the claim. Secondly, the defendant can lodge a statement of opposition to the European Order for Payment within 30 days. Thirdly, the defendant does not lodge this statement.

In the first case, the European Order for Payment Procedure has ended. In the second case, the European Order for Payment Procedure equally comes to an end (article 17 European Order for Payment Procedure). The procedure will then be continued according to the national procedural rules unless the claimant has explicitly opted to terminate the procedure. If the case is continued under Netherlands law, article 6 of the Netherlands Execution Act applies. The court has to put the parties on the track of either the writ of summons procedure or the request procedure.<sup>105</sup> In case the claim amounts to more than €

---

<sup>101</sup> P.M.M. van der Grinten, *De inbedding van de Europese betalingsbevelprocedure in het Nederlandse burgerlijk procesrecht: een leerzaam proces*, p. 116.

<sup>102</sup> Parliamentary History 31 513, nr. 3 p. 13 (*Parlementaire Geschiedenis Kamerstuk 31 513 Memorie van Toelichting nr. 3 p. 13*).

<sup>103</sup> Parliamentary History 31 513, nr. 3 p. 12.

<sup>104</sup> M.B.M. Loos, *Handhaving van het consumentenrecht, Preadviezen 2009 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer 2010, p. 53-54.

<sup>105</sup> Following the rules of article 69 Netherlands Code of Civil Procedure.



5.000 the parties will have to be represented in the procedure by an attorney, unless the case otherwise belongs to the jurisdiction of the cantonal court. If the claimant has explicitly requested to terminate the procedure in case of a statement of opposition, the court will notify the parties accordingly.

And thirdly, it is possible that the defendant does not lodge a statement of opposition to the European Order for Payment within 30 days. In that case the Dutch court will declare the European Order for Payment enforceable without delay (article 18 European Order for Payment Procedure).

## **6. Effects of the received order for payment**

When the claimant has succeeded in obtaining a European Payment Order, the next question is: can he enforce the Order? According to article 7 of the Dutch Execution Act, the payment order (standard form E), combined with the declaration of enforceability (standard form G) are the legal basis to enforce the Payment Order. Article 430 Dutch Code of Civil Procedure regulates the enforcement order and is also applicable in case of a European Payment Order. Applicability of the general article 430 Dutch Code of Civil Procedure lays down the requirement that both the payment order and the declaration of enforceability (standard forms E and G) are headed by the words: '*In naam der Koningin*'.<sup>106</sup> Then, according to article 8 Dutch Execution Act, the copy of a foreign enforceable European Order for Payment (articles 18 and 21 of the EC Regulation) can be executed similar to a Dutch court ruling (*grosse*).

## **7. The role of the defendant**

The defendant may lodge a statement of opposition to the European order for payment. Article 16, paragraph 3 of the European Order for Payment Procedure states that the defendant shall indicate in the statement of opposition that he contests the claim, without having to specify his reasons. The Dutch Execution Act has not introduced any extra demands for this statement of opposition, therefore in the Netherlands the opposition does not have to be reasoned. Article 11, paragraph 2 Dutch Execution Act states that the defendant does not have to pay a court fee when he lodges a statement of opposition.

### **7.1 The defendant does lodge a statement of opposition**

If the defendant lodges a statement of opposition, the procedure will be continued according to the Netherlands civil procedure rules, unless the claimant has opted to end the procedure (article 17 paragraph 1 and article 7 paragraph 4 of the European Order for Payment Procedure). If the procedure has ended, the parties will be informed to that effect by the court. If, on the other hand, the procedure is to be

---

<sup>106</sup> In the name of the Queen.

continued under Dutch law<sup>107</sup>, the judge will have to consider whether this procedure is a request procedure or a writ of summons procedure and put the parties on the right track.<sup>108</sup> As mentioned before, the parties must be represented by an attorney if the value of the claim exceeds € 5.000.<sup>109</sup>

In case the procedure is continued under Dutch law, the Netherlands law does not state whether the Order is annulled or whether the court will decide about the fate of the Order in the subsequent litigation. In my opinion, the Order does not have to be annulled nor has to be decided upon, since the order was not yet enforceable (article 12, Paragraph 4b of the European Order for Payment Procedure). In the subsequent national civil procedure, the claim and the objection will have to be weighed according to regular Netherlands civil procedure laws.

Whether or not the defendant appears in court, the court sentence nonetheless is qualified as a contradictory sentence.<sup>110</sup> If the defendant did not show up in court and therefore the sentence was made in his absence, the sentence will be sent to him by mail. The defendant has a right to appeal (*verzetprocedure*).<sup>111</sup>

## **7.2. The defendant does not lodge a statement of opposition**

If the defendant does not lodge a statement of opposition within the period of 30 days of service of the order, the court will declare the European order for payment enforceable (article 16 paragraph 2 and article 18 of the European Order for Payment Procedure). Netherlands law does not state if the absence of an objection to the claim has to be viewed as an acknowledgment of the claim or as an admission of facts. The effects of the Order for payment are pointed out in Paragraph 6.

## **7.3 Review in exceptional cases**

According to article 20 European Order for Payment Procedure, the defendant is entitled to apply for a review of the European Order for Payment after the expiration of the time limit laid down in article 16 Paragraph 2 of the European Order for Payment Procedure. There are three grounds on the basis of which this application for a review is permitted. First, if the order for payment was served by one of the methods provided by article 14 and the service was not effected in sufficient time to enable him to arrange for his defence, without any fault on his part (article 20 paragraph 1 (a)). Secondly, if the defendant was prevented from objecting to the claim by reason of force majeure or due to extraordinary circumstances without any fault on his part (article 20 paragraph 1 (b)). And thirdly, if the order for payment was clearly

---

<sup>107</sup> In case of the continuation of the procedure under Dutch law, the defendant will have to pay the regular court fee, article 11, paragraph 3 Dutch Execution Act.

<sup>108</sup> According to article 6 Dutch Execution Act, combined with article 69 Netherlands Code of Civil Procedure.

<sup>109</sup> As mentioned before, in a Draft of Act (32 021) this article is changed, so that the cantonal chamber of the district court will be competent in cases up to € 25.000. This new act will probably be in effect as of January 1, 2011. This then also will have as a result that parties only need the representation of an attorney in claims surpassing € 25.000.

<sup>110</sup> Article 6, paragraph 2 Dutch Execution Act.

<sup>111</sup> Articles 143-148 Netherlands Code of Civil Procedure.

wrongly issued, having regard to the requirements of the European Order for Payment Procedure, or due to other exceptional circumstances (article 20 paragraph 2). This procedure resembles the review procedure of article 19 of the European Enforcement Order for uncontested claims. Although in the latter regulation the procedure is given as a minimum standard.<sup>112</sup>

This review procedure is a procedure with which Netherlands civil procedure law was unfamiliar. However, it resembles the procedure in which a defendant appeals a court sentence of a procedure in which he did not appear in court (*verzetprocedure*).<sup>113</sup> The new review procedure has been implemented in Netherlands law in article 9 of the Dutch Execution Act. Apart from the requirement to ‘act promptly’, the European Order for Payment Procedure does not mention a time period for the application of a review. In article 9 paragraph 2 of the Dutch Execution Act the time period given to the defendant is 4 weeks. Representation by an attorney is not required in the application for a review.<sup>114</sup>

---

<sup>112</sup> Regulation No 805/2004.

<sup>113</sup> Article 143 Dutch Code of Civil Procedure.

<sup>114</sup> Article 9 paragraph 3 of the Dutch Execution Act.

# ANERKENNUNG UND VOLLSTRECKUNG AUSLÄNDISCHER MOBILIARSICHERHEITEN IN SÜDOSTEUROPA

Meliha Powlakić

## 1. Einleitung

Nach der Auflösung des ehemaligen Jugoslawiens haben die Nachfolgestaaten parallel zwei Prozesse durchlaufen – den Selbstverwirklichungs- und Transformationsprozess; gleichzeitig sollte die eigene Staatlichkeit unterstrichen und das ehemalige sozialistische Recht transformiert werden. In den ersten Jahren nach der Abspaltung kam es zwischen einigen dieser Länder zu sehr starken Antagonismen, so dass bei den Reformvorhaben weder ein Austausch noch ein Harmonisierungsprozess zu Stande kamen. Dennoch behielten oft neue Gesetze Merkmale und Züge der früher geltenden Gesetze, so dass trotz aller Reformen eine Verwandtschaft zwischen ihnen verblieben ist. Ein gutes Beispiel dafür ist das Vollstreckungsrecht. Trotz aller Unterschiede und Besonderheiten entstand dennoch kein völliger struktureller Unterschied zwischen den Vollstreckungsverfahren, was im internationalen Zwangsvollstreckungsrecht ein großes Hindernis hätte darstellen können.<sup>115</sup> In einigen Nachfolgestaaten dagegen wurden, nicht zuletzt wegen verschiedener Einflüsse und Beratungen, rechtliche Lösungen akzeptiert, welche eine Rezeption rechtlicher Lösungen aus anderen Rechtsordnungen teilweise sogar aus anderen Rechtskreisen bedeuten. So wurden völlig unterschiedliche Gesetze geschaffen. Ein Beispiel dafür ist das Mobiliarsicherungsrecht.<sup>116</sup> Weiter gibt es sogar Rechtsgebiete wo weiterhin gleiche aus dem ehemaligen Jugoslawien stammende Gesetze angewendet werden. Das internationale Privatrecht steht als Beispiel dafür. Mit Ausnahme Sloweniens und Mazedoniens, wo nach der Abspaltung neue Gesetze über internationales Privatrecht verabschiedet worden sind,<sup>117</sup> wird in den anderen Nachfolgestaaten weiterhin das Gesetz über die Regelung von Kollisionen mit den Vorschriften anderer

---

\* Diese Arbeit ist das Ergebnis der Forschungsaufenthalte am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg im Februar 2008 und März 2010.

<sup>115</sup> Siehe bei I. Medić Musa, 'Enforcing of Foreign Civil and Commercial Judgement in Republic of Croatia', *Evropski pravnik* 1/2007, S. 113.

<sup>116</sup> **Bosnien und Herzegowina:** Das Pfandrechtsrahmengesetz für BiH [*Okvirni zakon o založima BiH*], Amtsblatt BiH [*Službeni glasnik BiH*], 28/2004 – nachfolgend RegPfandG BiH; **Kroatien:** Gesetz über das Register für gerichtliche und notarielle Sicherheiten für die Forderung der Gläubiger an beweglichen Sachen und Rechten [*Zakon o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima*], Amtsblatt der Republik Kroatien [*Narodne novine Republike Hrvatske*] 121/2005 – nachfolgend RegPfandG Kroatien; **Kosovo:** Verordnung Nr. 2001/5 über das Pfandrecht [*Uredba broj 2001/5 o zalogama*] – nachfolgend RegPfandVOUNMIK; **Mazedonien:** Gesetz über vertragliches Pfandrecht [*Zakon za dogovoren založ*], Amtsblatt der Republik Mazedonien [*Службен весник на Република Македонија*] 5/2003, 4/2005, 87/2007 – nachfolgend VerPfandRG Mazedonien; **Montenegro:** Gesetz über das Pfandrecht als Instrument zur Sicherung von Forderungen [*Zakon o založnom pravu kao sredstvo obezbeđenja potraživanja*], Amtsblatt der Republik Montenegro [*Službeni list Republike Crne Gore*] 38/2002 – nachfolgend: PfandRG Montenegro; **Serbien:** Gesetz über das Pfandrecht an den in das Register eingetragenen beweglichen Sachen [*Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar*], Amtsblatt der Republik Serbien [*Službeni glasnik Republike Srbije*] 57/2003, 61/2005 – nachfolgend RegPfandG Serbien; **Slowenien:** Verordnung über das Register der besitzlosen Pfandrechte und Pfändungen an beweglichen Sachen [*Uredbo o registru neposrednih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin*], Amtsblatt der Republik Slowenien [*Uradni list Republike Slovenije*] 23/2004, 66/2006 – nachfolgend: RegPfandVO Slowenien.

<sup>117</sup> **Slowenien:** Das Gesetz über das internationale Privatrecht und Verfahren [*Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*], Amtsblatt der Republik Slowenien 56/1999, nachfolgend: IPRG Slowenien. Deutsche Übersetzung in 66 *RabelsZ* (2002), S. 748 ff. Mehr über das neue IPRG Sloweniens bei M. Geč-Korošec, 'Die Reform des slowenischen internationalen Privat- und Verfahrensrechts und seine Anpassung an das Recht der Europäischen Union,' 66 *RabelsZ* (2002), S. 710 ff. **Mazedonien:** Gesetz über das internationale Privatrecht [*Zakon za meѓunarodno privatno pravo*], Amtsblatt der Republik Mazedonien 87/2007, nachfolgend: IPRG Mazedonien.

Staaten in bestimmten Verhältnissen angewendet<sup>118</sup>. Alle hier erwähnten Gesetze haben gleiche Kollisionsnormen im Bereich des Sachenrechtes, sowie die gleichen Regelungen über die Voraussetzungen und das Verfahren der Anerkennung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen. Identische Kollisionsnormen und Normen über internationales Prozessrecht bedeuten aber längst nicht, dass in grenzüberschreitenden Rechtsverhältnissen zwischen den Nachfolgestaaten keine Probleme vorhanden sind.

Für den Gegenstand dieses kurzen Beitrages sind die drei erwähnten Rechtsgebiete von Bedeutung (Mobiliarsicherungsrecht, Vollstreckungsrecht und internationales Privatrecht). Die Nachfolgestaaten betreiben einen regen Austausch; insbesondere in Handelsverträgen spielen entsprechende Sicherheiten, oft an beweglichen Sachen und Rechten, eine große Rolle. Bewegliche Sachen überqueren die Staatsgrenzen, Rechte werden an Gläubiger in anderen Staaten abgetreten. Für den Sicherungsnehmer sind damit Risiken verbunden. Wird sein in einem anderen Land erworbenes Sicherungsrecht im Ankunftsland anerkannt? Kann auf Grund seines in einem Staat erworbenen Vollstreckungstitels in einem anderen Staat die Vollstreckung betrieben werden? Von der Qualität der Regelung dieser Fragen hängt zwischen diesen Staaten (noch nicht) die Verwirklichung eines Binnenmarktes ab; im Rechtsverkehr können ernsthafte Hindernisse auftreten, welche sich negativ auf eine effiziente und schnelle Schuldeneintreibung auswirken können.

Insbesondere ist die Frage der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel im Rechtsverkehr zwischen den Nachfolgestaaten sehr akut. Trotz unterschiedlicher Mobiliarsicherheiten und starrer Anerkennung der Situs-Regel, kennen diese Länder doch im Großen und Ganzen die gleichen Sicherheiten (Ausnahmen sind Serbien und Bosnien und Herzegowina, wo es keine Sicherungsübereignung gibt), so dass die Anerkennung einer ausländischen Mobiliarsicherheit seltener mit dem *Numerus clausus* Prinzip kollidiert.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> [Zakon o rješavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u određenim odnosima], Amtsblatt SFRJ [Službeni list SFRJ 43/82], nachfolgend: IPRG ex-SFRJ. Deutsche Übersetzung in 49 *RabelsZ* (1985), S. 544 ff.

<sup>119</sup> Die grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten beschäftigen auch die Doktrin in der Europäischen Union, dort werden aber andere Schwerpunkte als in den Nachfolgestaaten gestellt. Auf Grund der Tatsache, dass die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen des Rates vom 22. Dezember 2000 (ABl. EU L 12/23) und die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Rates vom 21. April 2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen (ABl. EU L 143/39) in einem Mitgliedstaat eine erleichterte bzw. direkte Vollstreckung auf Grund der Titel anderer Mitgliedstaaten ermöglichen, stellt in der EU diese zweite Frage (Anerkennung der Wirkungen fremder Vollstreckungstitel) in vielen Fällen kein Problem dar. Dagegen sind materiellrechtliche Regelungen über Mobiliarsicherheiten sehr unterschiedlich und waren bis jetzt nicht Gegenstand einer Harmonisierung. Deswegen hat sich die Problematik der grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten so zugespitzt dass von Hindernissen für den Binnenmarkts die Rede ist.

Den Mobiliarsicherheiten auf dem Binnenmarkt wurde umfangreiches Schrifttum gewidmet. Für viele andere siehe U. Drobnig et al. (Ed.), *Divergences of property Law, An Obstacle to the Internal Market?*, München, 2006; U. Drobnig, 'Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit, Vergleichender Generalbericht' in: K. F. Kreuzer (Hrsg.), *Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit*, Baden-Baden, 1999; E.-M. Kieninger, 'Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrecht,' *AcP* Bd. 208 (2008); E.-M. Kieninger, 'Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study' in: Eva-Maria Kieninger (Edit.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law*, (Cambridge 2004); H. C. Sigman, E.-M. Kieninger (Ed.), *Cross-Border Security over Tangibles* (München 2007); K. F. Kreuzer, 'Europäisches Mobiliarsicherungsrecht oder: Von den Grenzen des Internationalen Privatrecht' in: *Conflicts et harmonisation, Kollision und Vereinheitlichung, Conflicts and Harmonization, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck* (Fribourg Suisse 1990); J. Basedow, 'Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor oferentis', *RabelsZ* 59 (1995); O. Hartwig, 'Die Klassifikation der Mobiliarsicherheiten im grenzüberschreitenden Handel', *RabelsZ* 57 (1993) usw.

## 2. Kollisionsnormen für Mobiliarsicherheiten in den Nachfolgestaaten

Alle Nachfolgestaaten des ehemaligen Jugoslawiens haben ausnahmslos die besitzlosen Mobiliarsicherheiten geregelt, wobei dieses Institut von Land zu Land sehr unterschiedlich ausgestaltet wurde. Es wurden bei der Durchführung der Reform der Mobiliarkreditsicherheiten weder eine minimale Koordinierung noch ein Austausch vorgenommen; das Mobiliarkreditsicherheitsrecht entwickelte sich daher in diesen Ländern völlig unabhängig voneinander. Es wurden sehr unterschiedliche materielle als auch prozessuale Regelungen verabschiedet.

### 2.1. Die wichtigsten Unterschiede nationaler Regelungen über Mobiliarsicherheiten

Der gemeinsame Nenner dieser unterschiedlichen Regelungen ist, dass es sich in allen Nachfolgestaaten um Registersicherheiten handelt, zumindest wenn es um die vertraglichen Sicherungsrechte geht.

Das größte Problem stellt die Tatsache dar, dass diese Länder unterschiedliche Mobiliarsicherheiten kennen. Hier wird nur auf den markantesten Unterschied hingewiesen – Slowenien<sup>120</sup>, Kroatien<sup>121</sup>, Montenegro<sup>122</sup> und Mazedonien<sup>123</sup> kennen neben dem Registerpfandrecht auch die Sicherungsübereignung. Die Sicherungsübereignung ist dem serbischen<sup>124</sup> und bosnisch-herzegowinischen Rechtssystem wiederum fremd.

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Bestellung einer Sicherheit, können zwischen den Nachfolgestaaten „strengere“ und „mildere“ Rechtsordnungen identifiziert werden (gleichfalls wie in der EU). Kroatien dient hier als Beispiel für das Land mit den strengsten Voraussetzungen (für den Erwerb des Registerpfandrechtes oder für die Sicherungsübereignung ist eine Vereinbarung vor dem Gericht oder Notar und die Eintragung in das Register nötig). Das gleiche gilt für Slowenien. In vielen anderen Ländern reicht ein schriftlicher Vertrag.<sup>125</sup>

Weiterhin kennen diese Länder eine unterschiedliche Prioritätsordnung. In manchen Ländern richtet sich die Priorität zwischen verschiedenen Sicherungsrechten nach dem Zeitpunkt der Registrierung, in anderen nach der sogenannten Perfekturierung (Montenegro, Kosovo), welche nicht unbedingt nur durch die Registrierung vollzogen wird sondern zB auch durch die Besitzübergabe. Trotz dieser Hauptregeln gibt es in allen Nachfolgestaaten zahlreiche Ausnahmen und Besonderheiten, so dass der Rang der Sicherungsrechte sehr unterschiedlich bestimmt wurde.<sup>126</sup>

---

<sup>120</sup> Art. 201 – 206 des Sachenrechtsgesetzbuches der Republik Slowenien [*Stvarnopravni zakonik*], Amtsblatt der Republik Slowenien 87/02, 18/07.

<sup>121</sup> Art. 273 ff. des Vollstreckungsgesetzes der Republik Kroatien [*Ovršni zakon Republike Hrvatske*], Amtsblatt der Republik Kroatien 57/96, 29/99, 42/00 – USRH, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 und 67/08.

<sup>122</sup> Art. 353 – 384 des Gesetzes über eigentumsrechtliche Verhältnisse [*Zakon o svojinsko-pravnim odnosima*], Amtsblatt der Republik Montenegro 19/09.

<sup>123</sup> Art. 44 ff. des Gesetzes über Sicherung der Forderungen [*Zakonot za obezbeduvanje na pobaruvaњata*], Amtsblatt der Republik Mazedonien 87/2007.

<sup>124</sup> Vor den Gerichten der Bundesrepublik Jugoslawien bzw. Serbien gab es Rechtsstreitigkeiten über die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung; mehr darüber J. Salma, 'Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prijenos svojine radi obezbedenja potraživanja', 10 *Pravni život*, (1998) II. Band S. 37-38; M. Powlakić, 'Fiducijarno vlasništvo u usporednom pravu i sudskoj praksi', *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* (1991) v. 24. br. 1, S. 214 ff.

<sup>125</sup> Art. 2 Nr. 14 RegPfandG BiH, Art. 2 RegPfandG Montenegro, Art. 3 Abs. 2 RegPfandG Serbien, Art. 21 Abs. 2 VerPfandRG Mazedonien.

<sup>126</sup> Mehr darüber M. Powlakić, 'Aufbau und Funktion der Register für Mobiliarsicherheiten in Südosteuropa', *Evropski pravnik* 1/2008, S. 59 ff.

Registrierungsverfahren sind von Land zu Land unterschiedlich: die unterschiedlichen Lösungen reichen vom gerichtlichen bzw. verwaltungsrechtlichen Registrierungsverfahren, das dem Grundbuchverfahren nachempfunden wurde (zB Kroatien) bis zu einem völlig elektronischen Verfahren ohne jegliche inhaltliche Prüfung des Eintragungsantrages (zB BiH).<sup>127</sup>

Die oben erwähnten Unterschiede zwischen verschiedenen nationalen Rechtsordnungen rufen kollisionsrechtliche Regelungen auf den ersten Plan. Bei jeder Grenzüberquerung vollzieht sich bei beweglichen Sachen ein Statutenwechsel und ein *conflict mobile* entsteht.<sup>128</sup> Die Doktrin hat bereits die kollisionsrechtlichen Problempunkte identifiziert, welche bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten auftreten könnten: Wird im Ankunftsland das im Herkunftsstaat begründete Rechte anerkannt, insbesondere wenn das Ankunftsland ein solches Recht nicht kennt? Nach welchem Recht richten sich die Rechte und Pflichten der Parteien? Kann das Recht im neuen Land die gleiche Drittwirkung und Priorität genießen und schließlich- wie wird die Vollstreckung betrieben?<sup>129</sup> Leider folgt die Gesetzgebung nicht diesen doktrinären Überlegungen.

## **2.2. *Conflict mobile* in den Kodifikationen des internationalen Privatrechtes der Nachfolgestaaten**

Die Gesetze der Republiken Kroatien, Mazedonien, Serbien und Slowenien, welche das Registerpfandrecht bzw. die besitzlosen Mobiliarsicherheiten regeln, beinhalten keine spezifische Regelung für *conflict mobile*. In diesen Rechtsordnungen sollten eventuelle international privatrechtliche Probleme anhand der allgemeinen IPR-Regelungen gelöst werden. Weder die neu verabschiedeten Gesetze in Slowenien und Mazedonien noch das übernommene jugoslawische Gesetz enthalten eine spezifische Regelung über *conflict mobile* im Bereich der Mobiliarsicherheiten. Es wird daher in allen diesen Rechtsordnungen die allgemeine Kollisionsnorm *lex rei sitae*,<sup>130</sup> welche auf alle Sachenrechte an beweglichen sowie unbeweglichen Sachen Anwendung findet, angewendet. Alle erwähnten IPR-Gesetze widmen der Frage des anwendbaren Rechtes für Eigentumsverhältnisse nur einen einzigen Artikel, welcher vorsieht, dass für eigentumsrechtliche Verhältnisse und andere Rechte an Sachen das Recht des Ortes maßgeblich ist, an dem sich die Sache befindet. Während die fast weltweit geltende<sup>131</sup> Situs-Regel

---

<sup>127</sup> Mehr darüber Powlakić, loc. cit. (Fn. 12), S. 46 ff.

<sup>128</sup> Dutoit, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4ème édition revue et augmentée (Bâle, 2005), S. 326.

<sup>129</sup> Siehe M. Stanivuković, 'Merodavno pravo za stvarnopravna sredstva obezbeđenja na pokretnim stvarima – preporuke zakonodavnog vodiča UNCITRAL-a o pravnim poslovima obezbeđenja' in: *Liber Amicorum Nikola Gavella* (Zagreb, 2008), S. 914; UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions* hat für die Punkte Entstehung, Drittwirkung und Priorität entsprechende Regelungen vorgesehen (A/CN.9/631. Empfehlungen 212, 202, 204).

<sup>130</sup> Art. 18 Abs. 1 IPRG ex-SFRJ, Art. 20 IPRG Mazedonien, Art. 18 IPRG Slowenien. Siehe auch für Slowenien Geč-Korošec, loc. cit. (Fn. 3) S. 731 und für Serbien Stanivuković, loc. cit. (Fn. 15), S. 913.

<sup>131</sup> K. F. Kreuzer, *Europäisches Mobiliarsicherungsrecht* (Fn. 5), S. 624 ff.; M. Roth, 'International-privatrechtliche Aspekte dinglicher Mobiliarsicherheiten in Osteuropa', in: U. Drobnig et. al., *Mobiliarsicherheiten in Osteuropa*, (Berlin, 2002), S. 36.

bei Immobilien, wegen der Beständigkeit des Lageortes, „natürlich“ erscheint<sup>132</sup> und das Recht immer das Gleiche bleibt, erweist sie sich bei den Mobilien als problematisch.

Wenn es sich um das alte jugoslawische Gesetz aus dem Jahre 1982 handelt, verwundert die undifferenzierte Situs-Regel nicht. Es ist allerdings äußerst schade, dass die neu verabschiedeten Gesetze kein Gehör für neue Tendenzen im Bereich der grenzüberschreitenden Sicherungsrechte hatten. Die Arbeiten der Gruppe VI im Rahmen von UNCITRAL und die dort vorgeschlagenen Kollisionsnormen<sup>133</sup> wurden völlig außer Acht gelassen. Ob nur eine Kollisionsnorm ausreichen würde, um viele mit den grenzüberschreitenden Sicherheiten verbundene Probleme zu lösen, ist zu bezweifeln. Als Bekräftigung dieser Zweifel sollte erwähnt werden, dass der UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions* dieser Frage bei den Mobiliarsicherheiten 20 ziemlich umfangreiche Artikel widmet.<sup>134</sup>

Auch wurden die im internationalen Privatrecht anderer Staaten bestehenden Tendenzen nicht befolgt. Das Ende des vorherigen und der Anfang dieses Jahrhunderts wurde in vielen europäischen Staaten durch zahlreiche (Neu)Kodifikationen des internationalen Privatrechtes gekennzeichnet.<sup>135</sup> Im Prinzip blieb die Situs-Regel unerschüttert, obwohl die Doktrin längst anerkannt hat, dass die Regel *lex rei sitae* einer zunehmenden Internationalisierung des Rechtes nicht gewachsen ist.<sup>136</sup> In manchen dieser neuen IPR-Gesetze wurden dennoch Ansätze für eine Lösung von *conflict mobile* aufgezeigt. Die zurzeit fast als Standard geltende Kollisionsnorm trägt Rechnung darüber, dass sich bei den Mobilien der Lageort verändern kann und bestimmt, dass sich Erwerb und Beendigung eines Rechtes nach der Rechtsordnung richten in welcher sich die Sache im Zeitpunkt der Vollendung der für den Erwerb oder Verlust maßgebenden Handlungen oder Tatbestände befand;<sup>137</sup> es wird differenziert zwischen anwendbarem Recht, welches für Erwerb und Verlust einerseits und Inhalt und Wirkung andererseits maßgebend sein sollte.<sup>138</sup>

In den IPR-Gesetzen der Nachfolgestaaten gibt es eine solche Differenzierung nicht. Allerdings legt die Doktrin auf dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawiens die Situs-Regel so aus, dass entsprechende

---

<sup>132</sup> B. Dutoit, loc. cit. (Fn. 14), S. 324.

<sup>133</sup> Detailliert darüber Stanivuković, loc. cit. (Fn. 15), S. 901 ff.

<sup>134</sup> In diesem Sinne Stanivuković, loc. cit. (Fn. 15), S. 924.

<sup>135</sup> Am 26. 11.2001 wurde die neue IPR-Regelung des Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation verabschiedet (Amtsblatt der Russischen Föderation 49/2001, Pos. 4552; deutsche Übersetzung: *RabelsZ* 67(2003), S. 341 ff.). Im gleichen Jahr wurde auch das neue koreanische Gesetz über internationales Privatrecht verabschiedet (Gesetz Nr. 6465 vom 7.4.2001; deutsche Übersetzung in *RabelsZ* 70 (2006), S. 280 ff.). Im Jahre 2004 folgte das Gesetz über das internationale Privatrecht Belgiens vom 16. Juli 2004 (Deutsche Übersetzung in *RabelsZ* 70 (2006), S. 350 ff.), in 2005 das Gesetz über das internationale Privatrecht Bulgariens vom 4.5.2005 (Bulgarisches Amtsblatt 42/2005; deutsche Übersetzung in: *RabelsZ* 71 (2007), S. 457 ff.), in 2007 das Gesetz Nr. 5718 über das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht der Türkei vom 27.11.2007 (Türkisches Amtsblatt Nr. 26728 vom 12.12.2007; deutsche Übersetzung in *RabelsZ* 74 (2010), S. 418 ff.). Dazu ist auch das Gesetz zum internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen der Bundesrepublik Deutschland vom 21.5.1999, welche die Einführung des sechsten Abschnittes in das kollisionsrechtliche Kapitel bedeutete, zu zählen. Über die Entstehungsgeschichte siehe bei Ch. Wendehorst in: *MünchKommEGBGB/Wendehorst*, Vor. Art. 43 III Nr. 1.

<sup>136</sup> Roth, loc. cit. (Fn. 17), S. 36.

<sup>137</sup> Eine solche Regelung hat das koreanische IPR-Gesetz (Art. 19 Abs. 2), das belgische IPR-Gesetz (Art. 87 Abs. 2), das bulgarische IPR-Gesetz (Art. 65 Abs. 1), das ZGB der Russischen Föderation (Art. 1206 Abs. 1), das rumänische Gesetz Nr. 105 zur Regelung der Rechtsverhältnisse des Internationalen Privatrechts vom 22. September 1999 (Art. 52). Durch *argumentum a contrario* kann das auch aus dem § 21 Abs. 3 des türkischen IPR-Gesetzes geschlossen werden.

Die gleiche Regelung beinhalten auch Art. 101 Abs. 1 des schweizerischen Gesetzes über das internationale Privatrecht vom 18.12.1987 und § 31 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das internationale Privatrecht der Republik Österreich vom 15. Juni 1978.

<sup>138</sup> Schweizerisches IPR-Gesetz, Art. 100 Abs. 2.



rechtserzeugende oder rechtsbeendende Tatbestände nach dem Recht desjenigen Landes, in dem die Handlung vorgenommen oder die Tatsache erfüllt worden ist, beurteilt werden sollten.<sup>139</sup> Diese Auslegung weicht entscheidend von dem strikten Wortlaut des Gesetzes ab, ist daher eine *praeter legem* Auslegung, welche vom Niveau des vergleichenden Rechtes ausgeht. Es bleibt dabei offen, ob eine solche Auslegung in der Judikatur, welche eher zur buchstäblichen, sprachlichen Auslegung gesetzlicher Normen neigt, auch akzeptiert wird.

Allerdings wäre eine solche Auslegung nur in der Situation hilfreich, wenn alle betreffenden Länder gleiche Sicherungstypen kennen würden; wenn die vorgeschriebenen Voraussetzungen im Ursprungsland erfüllt worden sind, würde dieses Recht im Bestimmungsland mit dem dortigen Inhalt und den Wirkungen anerkannt werden. Diese Auslegung ermöglicht die Anerkennung der im Ausland gültig erworbenen Sicherheiten im Ankunftsland. Diese Auslegung, welche sich die im vergleichenden internationalen Privatrecht zurzeit herrschende Regel als Vorbild nimmt (für die Entstehung eines Rechtes ist das Recht des Staates, in welchem sich dieser Vorgang ereignet hat, maßgebend), ist aber vor allem für das Eigentumsrecht maßgeschneidert. Es darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass das Eigentumsrecht in jeder Rechtsordnung als prinzipiell gleiches Recht existiert, aber dass nicht in jedem Staat gleiche Sicherheitstypen zugelassen sind.<sup>140</sup> Problematisch wäre die Situation, wenn ein Recht in einem Land vorgesehen und gültig erworben wurde, aber im Bestimmungsland unbekannt ist.<sup>141</sup>

In der Situation in welcher das Empfängerland eine Sicherheit in der Liste der Sachenrechte nicht aufgenommen hat, würde deren Anerkennung dem *numerus clausus* Prinzip widersprechen. Die Anerkennung eines unbekanntes Sicherungstypus könnte unter Umständen *ordre publique* eines Landes bzw. zwingende Erfordernisse des Gemeinwohles verletzen. Ob die Anerkennung in BiH und Serbien einer in Kroatien, Slowenien, Montenegro oder Mazedonien begründeten Sicherungsübereignung diesen Erfordernissen widerspricht, ist eher zu verneinen<sup>142</sup>, bzw. dürfte zumindest eine Umwandlung in ein funktionsäquivalentes Rechtsinstitut möglich sein; die Reaktion der Rechtsprechung ist hier aber noch abzuwarten.

---

<sup>139</sup> E. Muminović, *Međunarodno privatno pravo* (Sarajevo, 2005), S. 204; T. Varadi et. al., *Međunarodno privatno pravo* (Novi Sad, 2003), S. 350; Ch. Jessel-Holst, 'Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa' in: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), *Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechtes in den Staaten Südosteuropas/Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope* (Bremen, 2003), S. 79.

<sup>140</sup> So Kreuzer, *Europäisches Mobiliarsicherungsrecht* (Fn. 5), S. 632.

<sup>141</sup> Für die osteuropäischen Länder siehe Roth, loc. cit. (Fn. 17), S. 41 ff; für die EU siehe *MünchKommEGBGB/Wendehorst*, Art. 43 Rn. 4 – 7; J. Basedow, loc. cit. (Fn. 5), S. 48; P. v. Wilmsowsky, *Europäisches Kreditsicherungsrecht* (Tübingen, 1996), S. 99-103; E.-M. Kieninger, *Mobiliarsicherheiten im europäischen Binnenmarkt* (Baden-Baden, 1996), S. 122-123, 210-213; W.-H. Roth, 'Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht', *ZEuP* 1994, S. 23-24.

<sup>142</sup> Über die Problematik der Anerkennung unbekannter Sicherungstypen in der EU bzw. über die Gründe einer Versagung im Lichte der Grundfreiheiten siehe bei: A. Röthel, 'Internationales Sachenrecht im Binnenmarkt', 21 *JZ* (2003), S. 1032; U. Drobnič, 'Recognition and Adaptation of Foreign Security Rights' in U. Drobnič et al. (Ed.), *Divergences of property Law An Obstacle to the Internal Market* (München 2006) S. 106 ff. Dort wurde insbesondere die Anerkennung deutscher publizitätsloser Sicherungstypen in einer anderen strengerer Rechtsordnung dargestellt. Über Nichtanerkennung deutscher Sicherungsübereignung in Frankreich siehe auch: Ch. Wilhelm, 'Das neue französische Mobiliarkreditsicherungsrecht', *ZEuP* (2009), S. 167. Es sieht mehr danach aus, dass die deutsche Sicherungsübereignung in Frankreich nicht deswegen nicht anerkannt wird, weil es sich um einen unbekanntes Typus handelte, sondern weil die Publizitätserfordernisse nicht erfüllt worden sind. In den Nachfolgestaaten aber werden Mobiliarsicherheiten überall registriert, so dass dieser Nichtanerkennungsgrund ausscheidet.

Probleme können auch in den Situationen entstehen, in welchen das Herkunfts- und Ankunftsland zwar den gleichen Sicherungstypus kennen, aber an Inhalt und Ausübung unterschiedliche Anforderungen stellen. So zB sollte eine im Ausland bestellte und im Ankunftsland zwar anerkannte Sicherheit, im Ankunftsland neuregistriert werden, oder entfaltet sie dort andere Wirkungen (zB erhält eine andere Rangstelle oder gilt nicht als vollstreckbar usw.)?

Weiterhin kann eine durch einen Vertrag bestellte und in Serbien, Bosnien und Herzegowina oder Mazedonien registrierte Sicherheit in Kroatien und Slowenien nicht (neu)registriert werden, weil die Voraussetzungen für die Registrierung in diesen Ländern nicht erfüllt sind. Wenn sich die Gläubiger nach Verbringung des Sicherungsgutes nach Kroatien registrieren lassen wollen, um dort Priorität zu genießen, müssen sie ihre Verträge vor einem Notar solemnisieren oder beurkunden lassen. Dies gleicht einer Neubestellung des Pfandrechtes und von der Auslegung der Situs-Regel, wonach ein in einem Land gültig bestelltes Recht im Ankunftsland anerkannt wird, bleibt wenig übrig.

Das erste Problem stellt sich hier: der gesicherte Gläubiger muss vor allem über eine Grenzüberschreitung in Kenntnis gesetzt werden, was nicht der Fall sein wird, wenn der Schuldner unredlich ist. Das zweite Problem kann darin bestehen, dass sich bei einer Neuregistrierung der Rang der Rechte nach dem Zeitpunkt der Neuregistrierung bestimmt, wobei das Risiko einer früheren Registrierung im Ankunftsland zu Gunsten eines anderen Gläubigers bestünde. Für diese Situation sind die Rechtsordnungen der Nachfolgestaaten (außer teilweise BiH) nicht gewappnet.

### **2.3. Die kollisionsrechtlichen Regelungen im Rahmen der Gesetze über Mobiliarsicherheiten**

Zu dieser Gruppe gehört im Grunde nur Bosnien und Herzegowina; dort gibt es spezielle Kollisionsnormen für die grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten.<sup>143</sup> Bedingt können zu dieser zweiten Gruppe auch Kosovo und Montenegro gezählt werden, da in diesen Staaten jeweils eine einzelne kollisionsrechtliche Norm bezüglich der Mobiliarsicherheiten vorhanden ist, welche lediglich die Registrierung im Ausland erworbener Rechte vorsieht.<sup>144</sup>

Das bosnisch-herzegowinische Rahmenpfandgesetz bestimmt ausdrücklich, dass sich die Gültigkeit einer ausländischen Sicherheit an einer beweglichen Sache nach dem Recht des Landes in dem das Sicherungsrecht begründet worden ist, richtet.<sup>145</sup> Diese gesetzliche Bestimmung bedeutet, dass das neue Statut die Sache mit der sachenrechtlichen Prägung des Ursprungsstaates übernimmt. Bezüglich der Ausübung und den Wirkungen (das Gesetz erwähnt ausdrücklich: Registrierung, Rangbestimmung und

---

<sup>143</sup> Art. 35 RegPfandG BiH.

<sup>144</sup> Art. 15.5. (a) RegPfandVO UNMIK, Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 RegPfandG Montenegro.

<sup>145</sup> Art. 35 Abs. 1 RegPfandG BiH.

Vollstreckung<sup>146</sup>) wird ein ausländisches Recht dem nationalen Recht unterstellt. Dadurch wurde nicht von der Situs-Regel abgewichen, sondern nur der Zeitpunkt, welcher für den Anknüpfungspunkt maßgebend ist, bestimmt. Somit ist die Regelung im Einklang mit den Empfehlungen des UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transactions*.<sup>147</sup>

In allen drei erwähnten Gesetzen wird die Priorität geregelt, welche grundsätzlich durch die Registrierung erworben wird. Demnach wurde die Möglichkeit einer Registrierung der im Ausland begründeten Rechte ausdrücklich vorgesehen.<sup>148</sup> Auch ohne diese Regel, bestünde kein Hindernis eine neue Registrierung vorzunehmen, nachdem ein Sicherungsgut nach BiH, Kosovo oder Montenegro gelangt ist. Diese einzelne Norm über die Möglichkeit einer neuen Registrierung bietet aber keinen effektiven Schutz. In Bosnien und Herzegowina ist sie auf weitere Regelungen gestützt. Nur in BiH wurde vorgesehen, dass im Falle einer Neuregistrierung in BiH binnen einer sogenannten „Gnadenfrist“<sup>149</sup>, die Registrierung gilt, als ob sie im Moment der Grenzüberquerung vorgenommen worden wäre. Prinzipiell erlangen nach bosnisch-herzegowinischem Recht, Rechte einzig durch die Registrierung eine Rangstelle. Eine gewisse Abweichung von dem strengen *prior tempore potior iure* Grundsatz sieht die Bestimmung des Art. 35 Abs 4 vor – wenn das im Ausland begründete Sicherungsrecht binnen 15 Tagen ab dem Tag der Einfuhr nach Bosnien und Herzegowina registriert wird, wird fingiert, dass die Registrierung an dem Tag der Verbringung nach BiH erfolgt ist.<sup>150</sup> So kann eine im Ausland begründete Sicherheit bei einer nachträglichen Eintragung, unter der Einhaltung der „Gnadenfrist“, einer bereits eingetragenen inländischen Sicherung zuvorkommen. Diese Regelung zielt auf die Wahrung des bereits im Ausland erworbenen Prioritätsranges des ausländischen Gläubigers gegenüber den inländischen Gläubigern ab. Im Vergleich zur Regelung der anderen Nachfolgestaaten weist die bosnisch-herzegowinische einige Vorteile durch die Regelung der „Gnadenfrist“ auf, aber auch hier gibt es weitere problematische Punkte. Den einzigen wirklich effektiven Schutz würde die Regelung bieten, welche einer Neuregistrierung den Rang der im Ausland vorgenommenen Registrierung einräumen würde bzw. wenn die Drittwirkung ununterbrochen bestehen würde, ohne Rücksicht auf eine eventuelle Veränderung der Methode der Drittwirkung.<sup>151</sup> Entscheidend bleibt auch hier, ob der Sicherungsnehmer überhaupt eine Möglichkeit hat von der Übertragung des Sicherungsgutes nach BiH zu erfahren. Dabei wurde nur eine objektive und

---

<sup>146</sup> Art. 35 Abs. 3 RegPfandG BiH.

<sup>147</sup> A/CN.9/361, Empfehlung 203 in Verbindung mit 220 (a).

<sup>148</sup> Art. 35 Abs. 3 RegPfandG BiH, Art. 15.5. (a) RegPfanVO UNMIK, Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 RegPfandG Montenegro.

<sup>149</sup> Der Begriff wurde übernommen von Kreuzer, *Europäisches Mobiliarsicherungsrecht* (Fn. 5), S. 625.

<sup>150</sup> Ähnliche Lösungen bietet auch das rumänische Recht (Art. 90 - 96 des Gesetzes Nr. 99 über die Maßnahmen zur Beschleunigung der Wirtschaftsreform vom 26.05.1999 – nachfolgend: *MobSichG Rumänien*). Eine im Ausland begründete Sicherheit bleibt bestehen, ohne die Eintragung in das Register wird sie aber den inländischen Sicherheiten nachrangig sein. So unterliegen die ausländischen Sicherheiten der Eintragungspflicht. Der Sicherungsnehmer hat dafür Sorge zu tragen, weiteres muss die Registrierung in bestimmten Fristen ab dem Einfuhrdatum (60 Tage) oder ab Kenntnisnahme über die Einfuhr (15 Tage) erfolgen. Mehr darüber Teves, *Die Mobiliarsicherheiten im deutschen und rumänischen Recht unter Einbeziehung des französischen und US-amerikanischen Mobiliarsicherungsrechts* (Münster, 2004), S. 100. In Albanien ist nur eine objektive Frist vorgesehen, aber diese ist wesentlich länger als die bosnisch-herzegowinische und beträgt 60 Tage (Art. 41 des Gesetzes Nr. 8537 vom 18. Oktober 1999 über Sicherungsrechte). Mehr darüber Y. Baranes/R.C.C. Cuming, *Handbook on the Albanian Collateral Law* (Washington D.C., 2001), S. 116.

<sup>151</sup> So lautet die Empfehlung von UNCITRAL *Legislative Guide on Secured Transaction* (A/CN.9/631, Empfehlung 46).

noch dazu sehr kurze Frist vorgesehen, nämlich 15 Tage ab der Verbringung des Sicherungsgutes nach BiH. Hier erweist sich auch die bosnisch-herzegowinische Lösung als mangelhaft.

Darüber hinaus bekennt sich das bosnisch-herzegowinische Gesetz ausdrücklich zu der Transpositionslehre,<sup>152</sup> welche bestimmt, dass das ausländische Recht zum Zwecke der Registrierung, Rangbestimmung und Vollstreckung als ein in BiH begründetes Pfandrecht bzw. besonderes Eigentumsrecht<sup>153</sup> betrachtet wird. Eine im Ausland begründete Sicherheit wird in eine bosnisch-herzegowinische übersetzt. Eine solche Regelung weist einen klaren Vorteil im Vergleich zu den IPR-Regelungen anderer Nachfolgestaaten auf, aber auch sie hat ihre Schwachstellen. Ein ausländisches Recht sollte nach der Transpositionslehre in sein Äquivalent übersetzt werden und sollte als inländisches Pfandrecht oder besonderes Eigentumsrecht gelten.

In der Liste der „besonderen Eigentumsrechte“ ist in BiH aber keine Sicherungsübereignung einbezogen, weil BiH-Recht dieses Institut nicht kennt. Da dieses Sicherungsinstrument in Kroatien, Mazedonien, Montenegro und Slowenien bekannt ist, würde sich die Überleitung der Sicherungsübereignung als problematisch erweisen.

### **3. Das internationale Prozessrecht in den Südosteuropäischen Ländern und effektive Befriedigung eines durch eine ausländische Mobiliarsicherheit gesicherten Gläubigers**

#### **3.1. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel**

Die Ungewissheit begleitet jeden gesicherten Gläubiger nicht nur darüber, ob sein Sicherungsrecht im Ankunftsland anerkannt wird, sondern auch im Bezug auf die effiziente Befriedigung in der neuen Umgebung. Auch wenn eine Sicherheit fortbestehen würde, auch wenn ihre Wirkungen im Ankunftsland nicht wesentlich verändert oder verloren gehen würden, ein Punkt der Ungewissheit bleibt. Kann der gesicherte Gläubiger die Vollstreckung auf Grund eines im Ausland erworbenen Vollstreckungstitels unmittelbar betreiben oder muss er die Exequaturprozedur durchlaufen bzw. ist sein Titel im Ankunftsland überhaupt anerkennungsfähig? Die Nachfolgestaaten kennen teilweise unterschiedliche Vollstreckungstitel und haben sehr unterschiedliche Verfahren für die Befriedigung der gesicherten Gläubiger. Die größte Hürde stellt aber nicht das unterschiedliche Vollstreckungsverfahren als solches dar, sondern der erste einleitende Schritt, nämlich die Anerkennung eines im Ausland erworbenen Vollstreckungstitels.

---

<sup>152</sup> Ein im Ursprungsland rechtmäßig begründetes Sicherungsrecht wird nach dem Statutenwechsel als ein Sicherungsrecht des Empfängerstaates betrachtet. Mehr darüber *MünchKommEGBGB/Wendehorst*, Art. 43 Rd. Nr. 149-151; Roth, loc. cit. (Fn. 17), S. 36; Th. Heyne, *Kreditsicherheit im Internationalen Privatrecht* (Pfaffenweiler, 1993), S. 133; S. Kaufhold, *Internationales und europäisches Mobiliarsicherungsrecht* (Würzburg, 1999), S. 266 ff.

<sup>153</sup> Unter einem „besonderen Eigentumsrecht“ versteht das Gesetz Eigentumsvorbehalt, Leasing, Sicherungsabtretung.

Die Nachfolgestaaten kennen im Allgemeinen eine ähnliche Nomenklatur der Vollstreckungstitel (gerichtliche Entscheidungen, gerichtliche Vergleiche, Entscheidungen der Verwaltungsorgane, jede andere Urkunde, für welche das Gesetz festgelegt hat, dass es sich um einen Vollstreckungstitel handelt).<sup>154</sup> In den Nachfolgestaaten in welchen die Institution des Notariats eingeführt worden ist (alle Nachfolgestaaten, mit Ausnahme Serbiens und Montenegros, kennen die Institution des Notariats), kommen dazu auch vollstreckbare notarielle Urkunden. Auf den ersten Blick sieht es so aus, als ob die Probleme hauptsächlich entstehen könnten wenn, nach dem der gesicherte Gläubiger einen Vollstreckungstitel in der Form einer notariellen Urkunde erworben hat, das Sicherungsgut in ein Land, welches das Notariat nicht kennt, verbracht wird. Die kurze Analyse der internationalen Prozessnormen wird zeigen, dass die Anerkennung ausländischer Notariatsurkunden auch in den Nachfolgestaaten, welche das Notariat kennen, problematisch ist (3.2).<sup>155</sup> Probleme können auch bei der Kategorie der Vollstreckungstitel auftreten, welche durch eine allgemeine Klausel definiert worden sind (3.3.).

Das IPRG ex-SFRJ sowie IPRG Sloweniens und IPRG Mazedoniens sehen bezüglich der Anerkennung und Vollstreckung fremder Vollstreckungstitel gleiche Regelungen vor, welche aus einer Zeit stammen, in der das ehemalige jugoslawische Recht keine notarielle Urkunde geschweige denn eine Vollstreckungsmöglichkeit auf Grund eines Vertrages oder Registerauszuges kannte. Die Regelung über die Anerkennung und Vollstreckung fremder Titel im Bereich der Status-, Familien- und vermögensrechtlichen Verhältnisse hatte bzw. hat auch weiterhin vor allem eine ausländische gerichtliche Entscheidung im Sinne.<sup>156</sup> Der Hauptgrundsatz lautet, dass eine ausländische gerichtliche Entscheidung der Entscheidung eines einheimischen Gerichtes gleichgestellt ist und gleiche Rechtswirkungen entfaltet wenn ein einheimisches Gericht sie anerkennt.<sup>157</sup> Alle anderen ausländischen Titel werden in weiterer Folge den gerichtlichen Entscheidungen „nacheifern“: ein ausländischer Gerichtsvergleich wird der ausländischen Gerichtsentscheidung gleichgestellt.<sup>158</sup> Auch die Entscheidung eines anderen Organs, die in dem Staat, in dem sie ergangen ist, einer Gerichtsentscheidung bzw. einem Gerichtsvergleich gleichgestellt wird, gilt als ausländische Gerichtsentscheidung.<sup>159</sup> Es wurden detailliert Voraussetzungen und Verfahren für die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer gerichtlicher Entscheidungen, sowie ausländischer schiedsrichterlicher Entscheidungen vorgesehen – es gibt keine einzige Bestimmung die

---

<sup>154</sup> Art. 21 des Vollstreckungsgesetzes der Republik Kroatien (s. Fn 8); Art. 12 des Vollstreckungsgesetzes der Republik Mazedonien [*Zakon za izvršavanje Republike Makedonije*], Amtsblatt der Republik Mazedonien 35/05, 50/06, 129/06, 8/08; Art. 16 des Vollstreckungsgesetzes der Republik Montenegro [*Zakon o izvršnom postupku Republike Crne Gore*], Amtsblatt der Republik Montenegro, 23/04; Art. 30 des Vollstreckungsgesetzes der Republik Serbien [*Zakon o izvršnom postupku Republike Srbije*], Amtsblatt der Republik Serbien 125/2004; Art. 17 des Vollstreckungs- und Sicherungsgesetzes der Republik Slowenien [*Zakon o izvršbi i zavarovanju Republike Slovenije*], Amtsblatt der Republik Slowenien 51/98, 75/02, 16/04, 17/06, 69/06, 115/06, 93/07, 28/09, 51/10; Art. 23. des Vollstreckungsgesetzes der Föderation BiH [*Zakon o izvršnom postupku Federacije BiH*], Amtsblatt der Föderation BiH 32/03, 33/06, 39/06, und Art 23 des Vollstreckungsgesetzes der Republik Srpska [*Zakon o izvršnom postupku Republike Srpske*], Amtsblatt der Republik Srpska 59/03, 85/03, 64/05, 118/07.

<sup>155</sup> Darüber hat bereits ausführlich V. Rijavec berichtet. S. V. Rijavec, 'Das internationale Vollstreckungsrecht am Beispiel Sloweniens', *Evropski pravnik* 1/2007, S. 83 ff.

<sup>156</sup> In dem Sinne V. Rijavec, loc. cit. (Fn. 41), S. 83-84.

<sup>157</sup> Art. 86 Abs. 1 IPRG ex-SFRJ, Art. 99 Abs. 1 IPRG Mazedoniens, Art. 94 Abs. 1 IPRG Sloweniens.

<sup>158</sup> Art. 86 Abs. 2 IPRG ex-SFRJ, Art. 99 Abs. 2 IPRG Mazedoniens, Art. 94 Abs. 2 IPRG Sloweniens.

<sup>159</sup> Art. 86 Abs. 3 IPRG ex-SFRJ, Art. 99 Abs. 3 IPRG Mazedoniens, Art. 94 Abs. 3 IPRG Sloweniens.

gerichtliche Vergleiche, Entscheidungen der Verwaltungsorgane usw. betrifft. Diese Titel sollten daher mittels analoger Anwendung der Bestimmungen über die Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen anerkannt und vollstreckt werden. Auf Grund ihrer unterschiedlichen Natur ist die analoge Anwendung leider oft problematisch oder sogar unmöglich.

### **3.2. Anerkennung und Vollstreckung ausländischer notarieller Urkunden**

Im internationalen Rechtsverkehr stellt der Mangel an uniformen Regelungen über die Anerkennung und Vollstreckung fremder Titel normalerweise ein ernsthaftes Hindernis dar<sup>160</sup>: auf dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawien existiert dieses Problem nicht; die Regelungen sind in allen Nachfolgestaaten gleich, leider auch gleichermaßen insuffizient, was am Beispiel der Anerkennung und Vollstreckung einer fremden notariellen Urkunde gezeigt werden kann.

Die notariellen Urkunden sind in allen Nachfolgestaaten, welche das Notariat kennen, ihren Wirkungen nach den gerichtlichen Urkunden gleichgestellt worden – vor allem sind sie ausdrücklich als Vollstreckungstitel vorgesehen worden.<sup>161</sup> Die IPR-Gesetze der Nachfolgestaaten beinhalten keine Regelung über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer notarieller Urkunden. Es stellt sich die Frage, ob deren Bestimmungen, wonach die Entscheidungen jeweiliger Organe, die in dem Staat, in dem sie ergangen sind, einer Gerichtsentscheidung bzw. einem Gerichtsvergleich gleichgestellt worden sind, dazu dienen könnten ausländische notarielle Urkunden anzuerkennen?

Die oben zitierten gesetzlichen Normen erlauben die Anerkennung und Vollstreckung aller Entscheidungen die im Herkunftsland die Rechtswirkungen einer gerichtlichen Entscheidung entfalten. Zwar sprechen die IPR-Gesetze über „Entscheidungen“ und notarielle Urkunden stellen im technischen Sinne keine Entscheidungen dar, sie sind allerdings ihren Wirkungen nach gerichtlichen Entscheidungen gleichgestellt. Allerdings scheitert eine Auslegung, welche ihre Anerkennung und Vollstreckung ermöglichen würde, an einer anderen Hürde. Alle anderen ausländischen Entscheidungen können nur dann anerkannt werden, wenn sie die gleichen Voraussetzungen erfüllen wie ausländische gerichtliche Entscheidungen. Vor allem ist damit die Rechtskraftwirkung gemeint. Notarielle Urkunden entfalten aber diese Wirkung nicht.<sup>162</sup>

Daraus folgt, dass auf Grund der IPR-Regelungen der Nachfolgestaaten, welche allzu sehr auf gerichtliche Entscheidungen fixiert sind, die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer notarieller Urkunden in den Nachfolgestaaten die das Notariat kennen sowohl als auch in denjenigen Staaten die es noch nicht eingeführt haben, scheitert.

---

<sup>160</sup> In diesem Sinne auch I. Medić Musa, loc. cit. (Fn. 1), S. 112.

<sup>161</sup> Über die Vollstreckbarkeit notarieller Urkunden siehe V. Rijavec, 'Der Europäische Vollstreckungstitel – am Beispiel Sloweniens', *ZZPint* 12 (2007), S. 182; V. Rijavec, 'Problematika ovršnog notarskog akta na primjeru Slovenije', S. 157 ff, M. Powlakić, 'Izvršenje na osnovu notarske isprave' beide in: *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 5, Mostar, 2007, S. 329 ff.

<sup>162</sup> Gegen analoge Anwendung auch V. Rijavec, loc. cit (Fn. 41), S. 84.

Die Bestimmungen der Vollstreckungsgesetze dieser Staaten bekräftigen leider diesen Schluss, obwohl sie entweder nach den Notariatsgesetzen oder parallel dazu verabschiedet worden sind. Mit Ausnahme Sloweniens, und gewisser Maßen Serbiens, sehen diese Gesetze nur die Vollstreckung auf Grund ausländischer gerichtlicher Entscheidungen vor.<sup>163</sup> In einer einzigen Bestimmung wird vorgesehen, dass eine ausländische gerichtliche Entscheidung vollstreckt werden kann, wenn sie die im Gesetz oder einem ratifizierten völkerrechtlichen Vertrag vorgesehenen Bedingungen erfüllt.<sup>164</sup> Auf diese Weise wird auf die IPR-Gesetze zurückverwiesen; es entsteht dadurch eine feste Verkoppelung – weiterhin gibt es nur Regelungen für gerichtliche Entscheidungen. Das Gleiche gilt für die zwischen diesen Ländern abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge (darüber mehr unten).

Eine Ausnahme stellt hier die Republik Slowenien dar, wo die Vollstreckung auf Grund fremder gerichtlicher Entscheidungen, Entscheidungen fremder Verwaltungs- oder anderer Organe, sowie fremder öffentlicher Urkunden ausdrücklich vorgesehen worden ist.<sup>165</sup> In Slowenien gibt es auch Bestimmung wonach die Bestimmungen über gerichtliche Vergleiche auf eine notarielle Urkunde entsprechend angewendet werden. Das könnte die Lösung sein – um in Slowenien vollstreckt zu werden sollte eine ausländische notarielle Urkunde die Voraussetzungen für die Vollstreckbarkeit eines gerichtlichen Vergleiches erfüllen. Eine spezifische Lösung beinhaltet auch das Vollstreckungsgesetz der Republik Serbien, welches über die Vollstreckung ausländischer vollstreckbarer Urkunden spricht.<sup>166</sup> Terminologisch scheint diese zitierte Bestimmung korrekter zu sein als die gesetzlichen Bestimmungen anderer Nachfolgestaaten, aber inhaltlich wurde keine absolut klare Abkoppelung von dem alten Paradigma vollzogen. Nämlich, als Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit einer ausländischen vollstreckbaren Urkunde in Serbien, sieht das Gesetz den Beweis der Rechtskraft dieser Urkunde vor. Dadurch können nur gerichtliche Entscheidungen gemeint sein. Allerdings verlangt das Gesetz den Beweis der Rechtskraft bzw. (unterstrichen durch den Verfasser) der Vollstreckbarkeit einer solchen Urkunde. Dadurch wird eine sehr wichtige Frage aufgeworfen – können in Serbien diejenigen ausländischen Urkunden, die zwar vollstreckbar aber nicht rechtskräftig sind, vollstreckt werden? Diese Bestimmung ist nicht ganz geglückt; in der serbischen Doktrin wird sie unterschiedlich ausgelegt.<sup>167</sup> Wie sich die Rechtsprechung hier entwickeln wird, kann nur gemutmaßt werden; sollte die Bestimmung so ausgelegt werden, dass eine ausländische Urkunde vollstreckt werden kann, wenn sie im Herkunftsland

---

<sup>163</sup> Art. 12 des Vollstreckungsgesetzes Montenegros, Art. 8 des Vollstreckungsgesetzes Mazedoniens, Art. 19 des Vollstreckungsgesetzes der Föderation BiH, Art. 19 des Vollstreckungsgesetzes der Republika Srpska, Art. 17 des Vollstreckungsgesetzes der Republik Kroatien.

<sup>164</sup> In Slowenien gibt es hier einen Zusatz, welcher sich auf die Rechtsakte der Europäischen Union bezieht, die in Slowenien unmittelbar angewendet werden (Art. 13 Abs. 1 des Vollstreckungs- und Sicherungsgesetzes Sloweniens).

<sup>165</sup> Art. 13 Abs. 1 des Vollstreckungs- und Sicherungsgesetzes Sloweniens.

<sup>166</sup> Art. 25 des Vollstreckungsgesetzes der Republik Serbien.

<sup>167</sup> Gegen die Vollstreckbarkeit in diesem Fall M. Živković, 'Izvršenje stranih odluka (stranih izvršnih isprava) u pravu Srbije', *Evropski pravnik* 1/2007, S. 105. Dafür M. Vrhovšek, M. Kozar, 'Skraćeni izvršni postupak u trgovinskim stvarima i privremene mere u sporovima sa elementom inostranosti', *Sudska praksa* 9/2005, S. 69 ff., zitiert nach M. Živković, *Izvršenje stranih odluka (stranih izvršnih isprava) u pravu Srbije*, S. 106 Fn. 5.

rechtskräftig und vollstreckbar oder zumindest vollstreckbar ist, wäre die Vollstreckung ausländischer notarieller Urkunden in Serbien möglich.

Es bietet sich insbesondere in dieser eng verbundenen Region an, bezüglich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Rechtsakten eine Erleichterung im gegenseitigen Rechtsverkehr durch bilaterale oder sogar multilaterale Abkommen einzuführen. Diese Länder haben zwar bilaterale Abkommen über die rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen abgeschlossen, allerdings bieten diese Abkommen keine Erleichterungen oder Abweichungen von den allgemeinen IPR-Regeln über Anerkennung und Vollstreckung fremder Urteile, Entscheidungen und Vereinbarungen. Sie schreiben die gleichen Voraussetzungen und das gleiche Verfahren für die Anerkennung und Vollstreckung fremder Rechtsakten vor<sup>168</sup> und sind dabei erstaunlicher Weise meistens noch restriktiver als die allgemeinen Regeln. So zB sehen der Art. 86 des IPRG ex-SFRJ (in Anwendung in BiH, Kroatien, Montenegro, Serbien), Art. 94 des IPRG Sloweniens und Art. 99 IPRG Mazedoniens vor, dass gerichtliche Entscheidungen, Vereinbarungen, Entscheidungen der Schiedsgerichte, Entscheidungen anderer staatlicher Organe, sowie Entscheidungen die im Herkunftsland den Entscheidungen staatlicher Organe gleichgestellt sind, anerkannt werden können. Die erwähnten Abkommen sehen dagegen meistens nur die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen<sup>169</sup> und eventuell gerichtlicher Vergleiche<sup>170</sup>, höchstens noch der schiedsgerichtlichen Entscheidungen, vor.<sup>171</sup> Diejenigen Entscheidungen, welche im Herkunftsland den Entscheidungen staatlicher Organe gleichgestellt sind, werden nicht ein Mal in diesen Abkommen erwähnt. Und gerade hier wird die Grundlage für die Anerkennung und Vollstreckung vollstreckbarer notarieller Urkunden vermisst.

Es ist sehr fraglich, ob diese Abkommen bezüglich der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel in privatrechtlichen Sachen überhaupt einen Sinn haben. Erstens, sehen sie im Falle gerichtlicher Entscheidungen genau die gleichen Voraussetzungen für ihre Anerkennung und Vollstreckung vor wie die IPR-Gesetze der jeweiligen Länder, und bringen, wie bereits gesagt, keine Erleichterung im Rechtsverkehr zwischen den Nachfolgestaaten. Zweitens, in vielen dieser Abkommen wurden alle anderen bzw. fast alle anderen Vollstreckungstitel außer gerichtlichen Entscheidungen ausgelassen. Dies kann nur bedeuten, dass für diese anderen Titel die allgemeinen gesetzlichen Regeln gelten. Leider ist nicht ausgeschlossen, dass die Gerichte einiger Nachfolgestaaten eine andere Schlussfolgerung daraus ziehen, nämlich dass die Anwendung der Bestimmungen des IPR-Gesetzes über die Anerkennung und

---

<sup>168</sup> Als Beispiel werden genannt Art. 20 und 21 des Abkommens über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen zwischen Kroatien und Slowenien vom 7.2.1994, Art. 20 und 21 des Abkommens über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen zwischen Kroatien und Mazedonien vom 2.9.1994, Art. 26 - 30 des Abkommens über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen zwischen Serbien, Montenegro und Bosnien und Herzegowina vom 24.02.2005, Art. 24 - 28 des Abkommens über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen zwischen Bosnien und Herzegowina und Mazedonien vom 17.09.2005.

<sup>169</sup> Art. 20 des Abkommens über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen zwischen Kroatien und Slowenien.

<sup>170</sup> Art. 20 des Abkommens über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen zwischen Kroatien und Mazedonien.

<sup>171</sup> Art. 26 und 28 des Abkommens über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen zwischen Serbien, Montenegro und BiH, Art. 24 und 26 des Abkommens über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen zwischen BiH und Mazedonien.



Vollstreckung anderer Rechtsakte ausgeschlossen ist, wenn ein völkerrechtliches Abkommen abgeschlossen worden ist, auch wenn ein solches diese Frage überhaupt nicht regelt, sowie dies der Oberste Gerichtshof der Föderation BiH in einer Entscheidung bereits getan hat.<sup>172</sup> Diese Entscheidung beruht auf einer unlogischen Begründung, wonach im Rechtsverkehr zwischen zwei Vertragsparteien ein strengeres Regime herrscht nachdem ein Abkommen abgeschlossen worden ist, als zwischen Staaten die kein Abkommen über eine rechtliche Zusammenarbeit abgeschlossen haben! Diese Entscheidung, die mit einer solchen nicht nachvollziehbaren Begründung die Vollstreckung einer kroatischen notariellen Urkunde abgelehnt hat, ist aus einem weiteren Grund gefährlich – dadurch steht fest, dass zwischen BiH und Kroatien keine Gegenseitigkeit besteht; die Urkunden bosnisch-herzegowinischer Notare werden demzufolge auch nicht in Kroatien anerkannt.

In allen Nachfolgestaaten, welche das Notariat kennen, beinhalten Notargesetze eine gleiche Bestimmung, welche die ausländischen notariellen Urkunden betrifft. Sie bestimmt, dass die ausländischen notariellen Urkunden gleiche Rechtswirkungen als inländische notarielle Urkunden haben.<sup>173</sup> Die einzige Bedingung für eine solche Wirkung ist die Reziprozität; da die Notargesetze keine nähere Angaben darüber machen, sollte davon ausgegangen werden, dass es sich um die faktische Reziprozität handelt, und dass das Reziprozitätsvorhandensein vermutet wird. Da in den erwähnten Gesetzen keine weiteren Bedingungen vorgesehen worden sind, könnte beschlossen werden, dass für die notariellen Urkunden allgemeine Bestimmungen über die ausländischen öffentlichen Urkunden (Bedarf der Legalisierung) oder über die ausländischen Entscheidungen (Bedarf der Anerkennung) nicht gelten, sondern dass die notariellen Urkunden eine unmittelbare Wirkung im Ankunftsland entwickeln und sogar unmittelbar vollstreckbar sind. Diese Bestimmungen können jedoch nicht isoliert sondern im Zusammenhang mit den entsprechenden Bestimmungen der IPR-Gesetze oder völkerrechtlicher Verträgen betrachtet werden; diese Urkunden sind nicht von der allgemeinen Pflicht der Legalisierung bzw. Anerkennung ausgeschlossen. Es gibt keinen Grund für eine Sonderbehandlung notarieller Urkunden im Gegensatz zu allen anderen Urkunden.

In der Republik Slowenien kann aber gerade ein umgekehrter Schluss gezogen werden. Die vorher erwähnte Bestimmung gilt für alle notariellen Urkunden, aber in Slowenien gibt es noch eine spezifische Lösung bezüglich der Notariatsakten.<sup>174</sup> Das Notargesetz schreibt die Bedingungen vor, welche erfüllt

---

<sup>172</sup> Der Oberste Gerichtshof der Föderation BiH bestätigte die erstinstanzliche Entscheidung über die Zurückweisung des Antrages auf die Anerkennung und Vollstreckung einer Urkunde eines kroatischen Notars mit der Begründung, zwischen BiH und Kroatien gebe es ein Abkommen über rechtliche Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen, so dass im Rechtsverkehr zwischen BiH und Kroatien nur dieses Abkommen angewendet wird und nicht das IPRG ex-SFRJ. Dieses Abkommen regelt allerdings nur die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Gerichtsentscheidungen ausdrücklich und nicht die Vollstreckung anderer Rechtsakten; demzufolge können andere Rechtsakte nicht anerkannt und vollstreckt werden. Beschluss des Obersten Gerichtshofes der Föderation BiH [*Rješenje Vrhovnog suda FBiH*], Gž-53/01 vom 09.11.2001.

<sup>173</sup> BiH: Art. 105 des Notargesetzes der Föderation BiH [*Zakon o notarima*], Amtsblatt FBiH 45/02; Art. 108 des Notargesetzes der Republik Srpska [*Zakon o notarima*], Amtsblatt RS 86/04, 74/05; Art. 83 des Notargesetzes des Brčko Distrikts BiH [*Zakon o notarima*], Amtsblatt des BD BiH 9/03, 17/06; Art. 11 des Gesetzes über öffentliche Notare der Republik Kroatien [*Zakon o javnom bilježništvu*], Amtsblatt der Republik Kroatien 78/93, 29/94, 16/07, 75/09; Art. 8. des Notargesetzes der Republik Mazedonien [*Zakon za vršenje na notarskume rabomu*]; Amtsblatt der Republik Mazedonien 59/96, 25/98, 6/02, 66/06; Art. 7 Abs. 1 des Notargesetzes der Republik Slowenien [*Zakon o notariatu*], Amtsblatt 13/94, 48/94, 82/94, 73/04, 98/05, 115/06, 45/08.

<sup>174</sup> Akten die durch einen Notar beurkundet worden sind.

werden müssen, damit die ausländischen Notariatsakten in Slowenien unmittelbar vollstreckbar wären (neben der Reziprozität dürfen diese Notariatsakten gegen slowenisches *order publique* nicht verstoßen, und müssen alle Bestandteile einer vollstreckbaren Urkunde beinhalten). Obwohl das Gesetz ausdrücklich über „unmittelbare Vollstreckbarkeit“ spricht, wird die Bestimmung in der Doktrin so ausgelegt, dass es sich doch „um eine Art der Anerkennung handelt.“<sup>175</sup> Wenn der Wille der Gesetzgeber tatsächlich war ein besonderes Anerkennungsverfahren vorzuschreiben, würde der Sache besser gedient, wenn dieses Verfahren gesetzlich deutlicher geregelt wäre.

Hier könnte beschlossen werden, dass auch die Vorschriften über die Ausübung des Notariatsdienstes, keine klare Lösungen für die Vollstreckbarkeit ausländischer notarieller Urkunden beinhalten.

### 3.3. Anerkennung und Vollstreckung anderer ausländischer Vollstreckungstitel

Im Bestreben die Position des gesicherten Gläubigers möglichst zu stärken und die gesamte Transaktion zu vereinfachen, wurden in manchen Nachfolgestaaten spezifische Vollstreckungstitel für Mobiliarsicherheiten vorgesehen, die ohne Mitwirkung eines staatlichen Organs entstehen können. In anderen Nachfolgestaaten ist dies nicht der Fall – dort können auch für Mobiliarsicherheiten die Vollstreckungstitel nur in Form vollstreckbarer notarieller Urkunden (Kroatien, Mazedonien, Slowenien), bzw. in Form einer gerichtlichen Entscheidung/Vereinbarung (Kroatien) bestehen. Dabei liegen auch in diesen Ländern unterschiedliche Konzepte zugrunde. So zB ist eine notarielle Beurkundung in Mazedonien die Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit.<sup>176</sup> Weiters ist in Slowenien<sup>177</sup> und Kroatien<sup>178</sup> eine notarielle Beurkundung gleichzeitig eine Gültigkeitsvoraussetzung für den Vertrag über die Bestellung eines Pfandrechtes oder einer Sicherungsübereignung sowie eine Vollstreckungsvoraussetzung. Dagegen bedarf es in BiH und Serbien, um einen vollstreckbaren Titel zu erlangen, keiner notariellen Beurkundung – der Auszug aus dem Pfandregister stellt den Vollstreckungstitel dar.<sup>179</sup> Schließlich ist in Montenegro und Kosovo der schriftliche Vertrag über die Bestellung des Pfandrechtes ein Vollstreckungstitel.<sup>180</sup> Demzufolge bedarf es in manchen Nachfolgestaaten zur Erlangung eines Vollstreckungstitels einer Mitwirkung eines Trägers der öffentlichen Gewalt, in anderen hingegen nicht. Hier stellt sich die Frage der Anerkennung eines Vollstreckungstitels im Ankunftsland, wenn der Pfandgegenstand von einer „milderen“ (BiH, Serbien, Montenegro, Kosovo) in eine „strengere“ Rechtsordnung (Kroatien, Mazedonien, Slowenien) wechselt. Eine bloße Anerkennung des Pfandrechtes (s. 2.2.) würde dem Gläubiger wenig bedeuten, falls sein

---

<sup>175</sup> V. Rijavec loc. cit (Fn. 41), S. 84.

<sup>176</sup> S. A. Janevski, 'Uloga notara u zasnivanju i realizaciji ugovornog zaloga po zakonu o ugovornom zalogu', *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar 6 (2008) S. 121-133.

<sup>177</sup> Art. 171 Abs. 1 und 202 Abs. 1 des Sachenrechtsgesetzbuches Sloweniens.

<sup>178</sup> Art. 263, 269 und 274 des Vollstreckungsgesetzes Kroatiens.

<sup>179</sup> Art. 26 Abs. 1 RegPfandG BiH, Art. 41 Abs. 3 RegPfandG Serbien.

<sup>180</sup> Art. 20 Abs. 3 RegPfandG Montenegro, Art. 5.3. RegpfandVO UNMIK.

Vollstreckungstitel dort nicht anerkannt werden kann. Wenn das Sicherungsgut nach Kroatien oder Slowenien verbracht wird, könnte dies bedeuten, dass der gesicherte Gläubiger nicht berechtigt wäre ein Vollstreckungsverfahren einzuleiten, sondern dass er sein Recht im Klageweg geltend machen müsste um einen Vollstreckungstitel zu erlangen. Dadurch wäre die effiziente Schuldeneintreibung bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten ernsthaft gefährdet.

Wenn, wie vorher dargelegt, das Problem der Anerkennung einer ausländischen notariellen Urkunde und folglich ihrer Vollstreckung nicht gelöst werden kann, bleiben andere Vollstreckungstitel noch problematischer. Darunter sind zB Registerauszüge (BiH, Serbien) oder bloße Verträge (Montenegro, Kosovo) gemeint. Diese Rechtsakte können nicht rechtskräftig werden. Registerauszüge sind zwar öffentliche Urkunden, aber können schwierig mit den gerichtlichen Entscheidungen gleichgestellt werden. Es könnte hier höchstens überlegt werden, ob die Vollstreckbarkeit einer öffentlichen Urkunde im Herkunftsland für die Vollstreckbarkeit in Ankunftsland genügen würde. Wie unter 3.2. dargelegt könnte so eine Lösung nur in Serbien möglich sein. Hier könnte auch überlegt werden, ob diese öffentlichen Urkunden in Slowenien vollstreckt werden könnten, da das slowenische Vollstreckungs- und Sicherungsgesetz ausdrücklich vorgesehen hat, dass auch ausländische öffentliche Urkunden in Slowenien vollstreckt werden könnten. Es wäre notwendig, dass diese Registerauszüge alle Anforderungen des slowenischen Vollstreckungsrechtes für die Vollstreckbarkeit eines Titels erfüllen. Die Vollstreckung der privatrechtlichen Verträge ist noch problematischer. Es ist auch sehr fraglich, ob privatrechtliche Verträge, ohne jegliches Zutun eines Trägers der öffentlichen Gewalt überhaupt als Vollstreckungstitel vorgesehen werden sollten. Für eine internationale Vollstreckung wären diese Verträge auf keinen Fall geeignet, da völlig unklar ist, wie sie im Herkunftsland mit der Vollstreckbarkeitsbescheinigung versehen werden könnten.

In BiH und Serbien kann in diesem Fall das ganze Problem erfolgreich umgangen werden, nämlich durch eine Neuregistrierung in den jeweiligen Registern nach der Verbringung des Gutes auf deren Territorium. Die Neuregistrierung ist in BiH ausdrücklich vorgesehen, in Serbien ist sie nicht ausgeschlossen und dadurch möglich. Durch eine Neuregistrierung würde der gesicherte Gläubiger einen inländischen Titel erwerben (Registerauszug). Die „Rettung“ ist dennoch nicht vollkommen. Die Darlegungen über Probleme bei einer Neuregistrierung dürfen nicht außer Acht gelassen werden (s. 2.2).

#### **4. Schlussfolgerung**

Die Rechtsordnungen der Nachfolgestaaten sehen keine geeignete Regelung für *conflict mobile* im Bereich der Mobiliarsicherheiten vor. Sobald das Recht des Ankunftslandes an Inhalt und Ausübung des im Ursprungsland wohlerworbenen Rechtes besondere Anforderungen stellt, muss dieses wohlerworbene Recht dem Recht des jeweiligen Lageortes weichen. Auf diese Weise könnte der gesicherte Gläubiger,

welcher ursprünglich glaubte ein effizientes Sicherungsrecht erlangt zu haben, in einem Moment feststellen, dass es sich um einen „Papiertiger“ handelt.<sup>181</sup>

Ungeachtet gewisser neuer Tendenzen oder Regelungen im internationalen Sachenrecht oder auf supranationaler Ebene, gilt in allen diesen Ländern für die *conflict mobile* im Bereich der Mobiliarsicherheiten, mit Ausnahme Bosnien und Herzegowinas, nur die klassische Situs-Regel bzw. eine Norm für alle sachenrechtlichen Fragen und dementsprechend besteht keine Differenzierung zwischen Entstehung, Drittwirkung und Priorität im Bereich der Mobiliarsicherheiten. Es wurde auch angedeutet, dass die bosnisch-herzegowinischen Lösungen, welche die Transposition wie auch die Neuregistrierung ausdrücklich zulassen, nur einen geringen Teil des problematischen Komplexes namens *conflict mobile* lösen können.

Hier wäre eine tiefgreifende Neuregelung der Kollisionsnormen nötig, möglichst nach dem UNCITRAL Modell, auch wenn dies bedeuten würde, dass sehr umfangreiche und komplexe Kollisionsnormen akzeptiert werden müssten. Es gibt diesbezüglich Gegenstimmen und teilweise wird mit Recht behauptet, dass dadurch „Kollisionsnormen, welche Mobiliarsicherheiten betreffen, überdimensioniert wären im Vergleich zu Kollisionsnormen, welche alle anderen Fragen regeln.“<sup>182</sup> Dies könnte aber auch ein Zeichen dafür sein, dass es in diesem Bereich eine große Anzahl von Problemen gibt. Es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass deren Lösung eine außerordentliche Bedeutung für die Kreditwirtschaft und effiziente Schuldeneintreibung in dieser Region haben würde.

Im Bereich des internationalen Privatrechts sind die Probleme sogar noch größer. In den Nachfolgestaaten sollten die Regeln über Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Titel dringend ergänzt werden, damit sie nicht mehr ausschließlich auf gerichtliche Entscheidungen fixiert sind.

Aber auch eine parallele Angleichung und Neuregelung der Kollisionsnormen und des internationalen Prozessrechtes auf nationaler Ebene würde hier nicht alle Probleme lösen – ein supranationaler Ansatz wäre viel effektiver. Es wurde öfters angekündigt, dass es nach dem EU-Beitritt Kroatiens, keinen baldigen neuen Beitritt geben wird. Damit werden die restlichen Nachfolgestaaten von der zwingenden Vereinheitlichung und Harmonisierung ausgeschlossen, weswegen freiwillige Prozesse eingeleitet werden sollten – von bilateralen oder multilateralen Abkommen welche Erleichterungen für die Anerkennung und Vollstreckung von Titeln aus anderen Nachfolgestaaten bringen, bis zu einer unmittelbaren Vollstreckung von Titeln über unstrittige Forderungen.

---

<sup>181</sup> Dieser Vergleich s. bei S. Pürner, A. Milosavljević, 'BR Jugoslawien/Republik Montenegro: Gesetz über die fiduziarische Übertragung des Eigentumsrechts', 12 *WiRO* (1999) S. 462.

<sup>182</sup> Stanivuković, loc. cit. (Fn. 15), S. 924.

## **DAS EUROPÄISCHE MAHNVERFAHREN IN DER PRAXIS**

**Martina Arneitz**

Grundlage für das Europäische Mahnverfahren ist die Verordnung EG-Nummer 1896/2006 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens.

Ziel dieser Verordnung ist unter anderem den Wirtschaftsbeteiligten der EU eine rasche Durchsetzung unbestrittener Forderungen zu ermöglichen und das Verfahren über unbestrittene Geldforderungen zu vereinfachen, zu beschleunigen und Verfahrenskosten zu verringern.

Das Europäische Mahnverfahren ist auf grenzüberschreitende Rechtssachen beschränkt, wobei nach der Definition eine grenzüberschreitende Rechtssache jedenfalls dann vorliegt, wenn mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat als dem des angerufenen Gerichtes hat.

Die Verordnung gilt seit 12.12.2008. Von 12.12.2008 bis 31.6.2009 waren alle erstinstanzlichen österreichischen Gerichte für die Durchführung des Europäischen Mahnverfahrens zuständig. Ab 1.7.2009 ist das Bezirksgericht für Handelssachen Wien als Zentralgericht für ganz Österreich zur Durchführung des Europäischen Mahnverfahrens zuständig. Wenn ein Einspruch gegen einen Europäischen Zahlungsbefehl erhoben wird, hat der Antragsteller das für das ordentliche Verfahren zuständige Gericht namhaft zu machen. Das Verfahren wird dann an dieses Gericht überwiesen.

Die Europäische Mahnverordnung gilt in allen EU-Mitgliedsstaaten mit Ausnahme von Dänemark.

Es handelt sich um ein fakultatives Alternativverfahren, das heißt, alle in seinen Anwendungsbereich fallenden Forderungen können – bei Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen – auch in anderen nationalen Verfahren oder bei geringfügigen Forderungen auch im Europäischen Bagatellverfahren geltend gemacht werden.

Im Europäischen Mahnverfahren gibt keine Wertgrenze und keinen Anwaltszwang, das heißt, es kann auch für sehr hohe Forderungen auf kostengünstigem Weg ein Titel erlangt werden.

Die Europäische Mahnverordnung ist in Zivil- und Handelssachen anzuwenden, wobei eine fällige bezifferte Geldforderung betrieben werden muss. Ein Ausnahmekatalog findet sich in Art 2 der

## Verordnung.

Die Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach geltendem Gemeinschaftsrecht, insbesondere nach der EuGVVO. Art. 6 Abs 2 der EU-Mahnverordnung normiert eine Sonderzuständigkeit für Verbraucher. Zuständig für die Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehles sind ausschließlich die Gerichte des Mitgliedsstaates, in dem der Antragsgegner seinen Wohnsitz hat, wenn die Forderung einen Vertrag betrifft, den der Verbraucher zu einem Zweck geschlossen hat, der nicht seiner beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit zugerechnet werden kann und der Verbraucher Antragsgegner ist.

Der Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehles ist unter zwingender Verwendung des Formblattes A beim zuständigen Gericht einzubringen. Zulässige Einbringungsarten sind einerseits die Papierform, andererseits auch andere nach dem Recht des angerufenen Gerichtes zulässige und dem Gericht zur Verfügung stehende Kommunikationsmittel. In Österreich kann daher der Antrag auch elektronisch eingebracht werden, in anderen Mitgliedstaaten - wenn das nach den nationalen Rechtsordnungen zulässig ist – auch per E-Mail mit sicherer elektronischer Signatur. Eine Einbringung per email ist nach der österreichischen Zivilprozessordnung unzulässig.

Der Antrag muss in der Sprache des angerufenen Gerichtes eingebracht werden und folgende Angaben beinhalten.

Name und Adresse der Verfahrensbeteiligten und ihrer Vertreter sowie die Bezeichnung des angerufenen Gerichtes;

- die Höhe der Forderung inklusive allfälliger Zinsen und Koste;
- bei den Zinsen Zinssatz und Zeitraum, für den die Zinsforderung erhoben wird;
- Bezeichnung des Streitgegenstandes, der Beweisanträge und eine kurze Sachverhaltsdarstellung;
- Angaben über die Zuständigkeit und den grenzüberschreitenden Charakter und die
- Unterschrift des Antragstellers.

Für viele dieser Punkte sind Codes im Formular angegeben, die lediglich eingesetzt werden müssen.

In Österreich sind Originalunterschriften auf im elektronischen Rechtsverkehr eingebrachten Eingaben nicht mehr erforderlich, was dazu führt, dass auch die Mahnklagsformulare nicht unterzeichnet werden. Das führt bei der Zustellung des Europäischen Zahlungsbefehls – dem das Antragsformular angeschlossen wird - in anderen Mitgliedsstaaten zu Irritationen, da die zustellenden Organe daran zweifeln, dass ein rechtsgültiger Antrag vorliegt.

Nach Art. 7 Abs 4 EuMahnVO hat der Antragsteller die Möglichkeit, für den Fall eines fristgerechten Einspruchs die Überleitung in das ordentliche Verfahren abzulehnen. Diese Erklärung erfolgt durch Ausfüllen der Anlage 2 des Formblattes A spätestens bis zur Erlassung des EZB. In der Praxis wird diese Anlage gelegentlich versehentlich ausgefüllt. Diese Erklärung kann auch nach Erlassung des Europäischen Zahlungsbefehles nicht mehr zurückgenommen werden. Es muss ein neuer Antrag auf Erlassung eines EZB eingebracht werden.

Das Gericht prüft nach Einlangen des Antrages, ob der geltend gemachte Anspruch in den Anwendungsbereich der Mahnverordnung fällt und ob das Gericht ( auch international ) zuständig ist. Die Zurückweisungen des Antrages aus dem Grund, dass der Anspruch nicht in den Anwendungsbereich der Mahnverordnung fällt, traten bis Ende 2009 häufiger auf. Immer wieder wird aber gegen Verbraucher, die ihren Wohnsitz in einem anderen Mitgliedstaat haben, in Österreich ein Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls eingebracht, was ebenfalls zu einer Zurückweisung des Antrages führt. Art 6 Abs 2 EuMahnVO geht hier der EuGVVO vor.

Bei Gericht erfolgt eine Schlüssigkeitsprüfung, aber keine inhaltliche Prüfung der Richtigkeit der Angaben des Antragstellers.

Die Höhe der geltend gemachten Rechtsanwaltskosten kann – wenn es sich nicht um österreichische Anwälte handelt - nur in Relation zum Streitwert überprüft werden.

Urkunden und sonstige Beweismittel müssen dem Antrag nicht beigelegt werden.

Eine gerichtliche Prüfung kann auch im Rahmen eines automatisierten Verfahrens erfolgen, das ist in Österreich (noch) nicht der Fall, hier erfolgt die Prüfung des Antrages durch ein richterliches Entscheidungsorgan. In Deutschland ist das Europäische Mahnverfahren Rechtspflegersache.

Sind die in Art. 7 EuMahnVO genannten Voraussetzungen nicht erfüllt und ist die Forderung nicht offensichtlich unbegründet oder der Antrag unzulässig, erteilt das Gericht einen Verbesserungsauftrag mittels Formblatt B.

In der Praxis ist die Kommunikation Gericht-Antragsteller mittels Formblatt B sehr schwierig, da die meisten Formmängel daraus resultieren, dass die Ausfüller einzelne Punkte des Formulars A gar nicht oder falsch verstehen. Insbesondere das Feld Zinsenbegehren und das Feld Kosten werden oft falsch oder unvollständig ausgefüllt. Missverständlich ist das Formular auch im Punkt „Verbrauchervertrag“.

Ein Überarbeitsverfahren hinsichtlich der Formulare ist derzeit im Gange.

Ist das Gericht der Ansicht, dass von mehreren im Antrag geltend gemachten Ansprüchen nicht alle begründet sind oder dass ein einzelner Anspruch nur teilweise begründet ist, teilt das Gericht dies dem Antragsteller unter Verwendung des Formblattes C mit. Dadurch wird der Antragsteller aufgefordert, den EZB über den vom Gericht angegebenen Betrag anzunehmen oder abzulehnen. Wenn der Antragsteller innerhalb der ihm gesetzten Frist den Vorschlag annimmt, so hat er das dahingehend ausgefüllte Formblatt C an das Gericht zurückzusenden. Das Gericht erlässt dann den EZB über den Teil des Anspruches. Der restliche Teil des Anspruches ist nur ein Verzicht auf die klageweise Geltendmachung in diesem Verfahren und kein Verzicht auf den Anspruch selbst. Wenn der Antragsteller innerhalb der Frist nicht antwortet oder den Vorschlag des Gerichtes ablehnt, wird sein Antrag auf Erlassung eines EZB zurückgewiesen.

Das Formblatt C ist in der Praxis in Österreich kaum in Verwendung.

Auch die Zurückweisung des Europäischen Zahlungsbefehles erfolgt mittels Formblatt (Formblatt D).

Nach Art. 11 der EuMahnVO ist der Antrag zurückzuweisen, wenn

- die Rechtssache nicht in den Anwendungsbereich der Europäischen Mahnverordnung fällt,
- keine grenzüberschreitende Rechtssache vorliegt,
- keine bezifferte fällige Geldforderung vorliegt,
- bei fehlender Zuständigkeit,
- bei unzureichenden Angaben im Antrag,
- die Forderung offensichtlich unbegründet ist,
- der Antragsteller nicht rechtzeitig dem Verbesserungsauftrag oder dem Änderungsvorschlag des Gerichtes nachkommt,
- den Änderungsvorschlag des Gerichtes ablehnt.
- Gegen die Zurückweisung des Antrages ist kein Rechtsmittel zulässig.

Das hindert den Antragsteller aber nicht daran, neuerlich einen Antrag auf einen EZB einzubringen oder den Anspruch in einem anderen nationalen Verfahren geltend zu machen, weshalb eine Zurückweisung in dem Sinn keine Rechtskraft entfaltet bzw. nicht den Einwand der entschiedenen Rechtssache rechtfertigt.

Dass gegen eine Zurückweisung kein Rechtsmittel zulässig ist, führt in der Praxis dazu, dass sofort Amtshaftungsansprüche geltend gemacht werden.



Sind alle erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, erlässt das Gericht unverzüglich und nach der Verordnung jedenfalls binnen 30 Tagen den EZB unter Verwendung des Formblattes E. Zusammen mit dem EZB wird dem Antragsgegner eine Abschrift des Antragsformulars, jedoch ohne die Anlage 1 und die Anlage 2 zugestellt. Bei Anlage 1 handelt es sich um die Bankdaten des Antragstellers, bei der Anlage 2 die oben genannte Erklärung über die Ablehnung der Überleitung in ein ordentliches Verfahren.

Im Europäischen Zahlungsbefehl selbst wird der Antragsgegner aufgefordert, entweder den angegebenen Betrag zu zahlen oder gegen den EZB binnen 30 Tagen Einspruch zu erheben. Die 30 Tage-Frist berechnet sich ab Einlangen des EZBs beim Antragsgegner.

Die Einspruchsquote im Europäischen Mahnverfahren ist in Österreich sehr gering.

In der Praxis erfolgen auch Einsprüche ohne Verwendung des Formblattes. Es gibt Eingaben in allen Sprachen der Mitgliedsstaaten. Beim Bezirksgericht für Handelssachen Wien gilt die Regel, wenn aus dem Schreiben klar hervorgeht, dass es sich um einen Einspruch handelt, dieser als Einspruch behandelt wird, sonst ein Verbesserungsverfahren eingeleitet werden muss.

Das Gericht muss prüfen, ob der EZB dem Antragsgegner nach den Zustellvorschriften der Art. 13, 14 und 15 der EuMahnVO zugestellt wurde.

Im Punkt Zustellungen zeigen sich in der Praxis die größten Probleme. Das Zustellnachweise unvollständig oder gar nicht rückübermittelt werden, verursacht auch große Verzögerungen im Verfahrensablauf.

In Österreich stellen wir die Europäischen Zahlungsbefehle nach der EU-Zustellverordnung über die Empfangsstelle zu. Zustellungen erfolgen auch mit internationalem Rückschein. Jeder Mitgliedstaat stellt den EU-Zahlungsbefehl nach seinen Zustellvorschriften zu. Die Empfangsbestätigungen, die zurückkommen, sind aber zum Teil unvollständig oder unverständlich, oder in der Sprache des Empfangsmitgliedstaates abgefasst. Auch die vorgesehenen Formulare der EU-Zustellverordnung werden oft nicht verwendet.

Das Gericht kann daher nicht feststellen, ob der EU-Zahlungsbefehl ordnungsgemäß nach der Mahnverordnung bzw. nach der Zustellverordnung zugestellt worden ist oder nicht. Ein Problem ist auch die Tragung von allfälligen Dolmetschkosten für die Übersetzung der Zustellbestätigung bzw. die Frage, ob der Antragsteller verpflichtet ist, allfällige Dolmetschkosten zur Feststellung, ob der Europäische

Zahlungsbefehl zugestellt worden ist oder nicht, zu bevorschussen.

Wenn der Antragsgegner nicht oder nicht rechtzeitig Einspruch erhebt, erklärt das Gericht den Europäischen Zahlungsbefehl mit dem Formblatt G für vollstreckbar. Dem Antragsteller wird der EZB samt der Vollstreckbarkeitsbestätigung übermittelt.

Ein im Ursprungsmitgliedstaat vollstreckbar gewordener Europäische Zahlungsbefehl wird in den anderen Mitgliedsstaaten anerkannt und vollstreckt, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf und ohne dass seine Anerkennung angefochten werden kann (Art. 19 EU-MahnVO).

Damit wurde das Exequaturverfahren abgeschafft und ein „selbständiger europäischer Titel“ geschaffen.

In der österreichischen Praxis hatten Antragsteller Probleme mit den Exekutionsgerichten, da diese Titel zunächst unbekannt waren.

Für das Vollstreckungsverfahren gilt grundsätzlich das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaates. Der Vollstreckungsmitgliedstaat ist nach Art. 23 auch für die allfällige Aussetzung oder Beschränkung der Vollstreckung zuständig. Auch in diesem Punkt gab es in der Praxis – nachdem es sich um ein neues Verfahren handelt – Schwierigkeiten, da diese Bestimmung in den Gerichten (noch) unbekannt war.

Nach österreichischem Recht ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unzulässig und auch eine Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage in diesem Verfahren nicht zulässig. Art. 20 EuMahnVO normiert einen ähnlichen Rechtsbehelf. Danach kann eine Überprüfung des Europäischen Zahlungsbefehles beantragt werden, wenn der Zahlungsbefehl zugestellt wurde, aber die Zustellung ohne Verschulden des Antragsgegners nicht so rechtzeitig erfolgt ist, dass er Vorkehrung für seine Verteidigung hätte treffen können oder der Antragsgegner aufgrund höherer Gewalt oder aufgrund außergewöhnlicher Umstände ohne eigenes Verschulden keinen Einspruch gegen die Forderung einlegen konnte, wobei in beiden Fällen vorausgesetzt wird, dass er unverzüglich tätig wird. Auch wenn der Europäische Zahlungsbefehl nicht die Voraussetzung an der Mahnverordnung entspricht oder aufgrund anderer außergewöhnlicher Umstände offensichtlich zu Unrecht erlassen worden ist, kann eine Überprüfung beantragt werden. Für den Fall, dass diese Anträge zu Recht bestehen, wird der Europäische Zahlungsbefehl für nichtig erklärt.

Um einen Antrag nach gemäß Art. 20 EU-Mahnverordnung zu überprüfen, ist ein Bescheinigungsverfahren durchzuführen. Dass dieses Bescheinigungsverfahren regelmäßig in einem

anderen Staat durchzuführen ist, führt zu Kommunikationsschwierigkeiten und Verzögerungen, auch wenn die Möglichkeit besteht Videokonferenztechnologie einzusetzen.

In Österreich sind die Gerichtsgebühren für Anträge im Europäischen Mahnverfahren – streitwertabhängig - so hoch wie für alle anderen Zivilprozesse.

Vom 12.12.2008 bis 31.12.2009 gab es in Österreich insgesamt 1.676 europäische Mahnverfahren, in Deutschland 2.256. Bis Ende Juli 2010 sind in Österreich 1213, in Deutschland 1839 Anträge eingelangt. Statistisch ist auffallend, dass die Europäischen Mahnverfahren in Österreich zahlenmäßig sehr hoch sind, wobei die durchschnittlichen Streitwerte pro Fall in Österreich weit niedriger sind als in Deutschland.

Auch in Deutschland ist ein Zentralgericht, das Amtsgericht Berlin-Wedding für das Europäische Mahnverfahren zuständig.

Deutschland und Österreich haben in einem länderübergreifenden Projekt für dieses Verfahren auch eine IT-Applikation entwickelt. Das Ziel, den Usern/Gerichten diese Applikation schon von Anfang an zur Verfügung stellen zu können, wurde erreicht. Als Projektpartner konnte IBM gewonnen werden. Die Basisapplikation wurde so gestaltet, dass Plugins für länderspezifische Erweiterungen zugelassen werden und auch das Einbetten in eine bestehende nationale Infrastruktur vereinfacht wird. Das österreichische Bundesrechenzentrum hat für die Basisapplikation gemeinsam mit dem Amtsgericht Berlin-Wedding eine Fachexpertise erstellt, das Österreich-Plugin erstellt, ein Benutzerhandbuch und eine Anwenderschulung durchgeführt.

Alle zwei Jahre werden von der Europäischen Kommission im Rahmen einer E-Government-Konferenz die besten IT-Anwendungen im Bereich E-Government ausgewählt und prämiert. Die von Deutschland und Österreich entwickelte Applikation erhielt den E-Government-Award 2009 in der Kategorie „eGovernment Supporting the Single market“.

Das Ziel dieses Kooperationsprojektes ist es auch, dass andere Mitgliedsstaaten diese Applikation übernehmen und gemeinsam weiterentwickeln. Österreich hätte das Europäische Mahnverfahren ohne das deutsch-österreichische Gemeinschaftsprojekt zur Gänze in Papierform abwickeln müssen.

Frankreich ist dem Projekt schon beigetreten, sechs weitere Staaten sind an dem Projekt interessiert.

Das IT-Projekt wird fortlaufend weiterentwickelt. Österreich betreffend wird derzeit an einer Anbindung

an die Verfahrensautomation Justiz gearbeitet.

Das länderübergreifende Projekt soll so fortgeführt werden, dass das Europäische Mahnverfahren nicht nur bei Gericht automationsunterstützt abgewickelt werden kann, sondern auch ein grenzüberschreitender elektronischer Rechtsverkehr unter der Nutzung eines angedachten europäischen E-Justice-Portals eröffnet werden soll.

Mit der Einführung des Europäischen Mahnverfahrens sind die Ziele der Vereinfachung der Betreuung von unbestrittenen Forderungen und der Verringerung von Verfahrenskosten sicher erreicht worden. Um eine Beschleunigung des Verfahrens zu erreichen, sind Schulungen der Zustellbehörden und Reformen im Zustellwesen der Mitgliedsstaaten notwendig.

## **Literatur**

Dr. Martin Weber, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ZAK 13/2006

Birgit Tschüscher und Martin Weber, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ÖJZ 2007,303ff

Martin Weber und Robert Fucik, Das Österreichische und das Europäische Mahnverfahren, ÖJZ 2008, 829ff

## REFLEXIONS ON THE ROLE OF THE “ORDRE PUBLIC” IN THE EU REGULATIONS ON CIVIL PROCEDURE <sup>(183)</sup>

Francesco Paolo Mansi

### Summary

*1.- Introduction. Historical background; 2.- The road to the Regulation 44/2001; 2.a) the reform of the 1968 Convention: from the 1997 Commission proposal...; 2.b) ... to the new proposal; the adoption of Regulation 44/2001; 3. The interpretation of the public policy clause by the Court of Justice; 4.- The other Regulations on civil procedure; 5.- The Commission’s studies and the 2009 Green Paper on the review of the Regulation; 6.- Is the public policy clause responsible for the lengthy and costly enforcement proceedings?*

\*\*\* \*\*

It is generally acknowledged that the system introduced by the 1968 Brussels Convention and the EC Regulation 44/2001 has been working well over the past forty years (<sup>184</sup>). In spite of that, in the last years the discussion arose about the public policy exception in the recognition and enforcement of foreign decisions. Particularly, it has been suggested that this provision should not be any longer necessary and that it should consequently be cancelled from all regulations, in order to make the recognition and enforcement faster and easier.

In this paper I will try and investigate in this matter. I will recall the reasons of the public policy clause under the historical perspective (par. 1), then I will investigate on the role of the public policy exception in the 1968 Brussels convention/Regulation 44/2001 (par. 2); the case-law of the Court of Justice (par. 3); examine the said topic in the other Regulations in the area of civil procedure (par. 4); evaluate the public policy clause in the programmes of the European Council and the studies issued by the EC Commission (par. 5); finally I will express my remarks (par. 6).

---

<sup>183</sup> Draft version for the audience of the Maribor Congress only; not for quotations.

<sup>184</sup> The doctrine on the 1968 Brussels Convention and on the Regulation 44/2001 unanimously share this view. As it is not possible to quote all studies, I mostly refer to GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe*, 4e éd. Paris, 2010; MAGNUS – MANKOWSKI, *Brussels I Regulation*, Sellier, 2007; BRIGGS and REES, *Civil jurisdiction and judgments*, London, 2009. I take the liberty to add MANSI, *Il Giudice italiano e le controversie europee – I principali regolamenti comunitari di diritto processuale civile*, Milano 2010.

## 1.- Introduction. Historical background.

The recognition and enforcement of foreign decisions, or, as we now say, the free circulation of the decisions within Member States has been a goal of the European Communities from its very beginning (from its very early stage).

Art. 220 of the Treaty of Rome, in its original 1957 version, provided that Member States ... aim to easy recognition and enforcement of foreign judgements.

In its often recalled note of 1959 (<sup>185</sup>), the EC Commission stated that *“a true internal market between the six States will be achieved only if adequate legal protection can be secured. The economic life of the Community may be subject to disturbances and difficulties unless it is possible, where necessary by judicial means, to ensure the recognition and enforcement of the various rights arising from the existence of a multiplicity of legal relationships. As jurisdiction in both civil and commercial matters is derived from the sovereignty of Member States, and since the effect of judicial acts is confined to each national territory, legal protection and, hence, legal certainty in the common market are essentially dependent on the adoption by the Member States of a satisfactory solution to the problem of recognition and enforcement of judgments”*.

The Member States started negotiating a suitable text that had been signed in Brussels on September 27<sup>th</sup> 1968 and entered into force on February 1<sup>st</sup> 1973.

Recognition and enforcement of foreign decisions were in fact greatly consented, but some exceptional reasons for refusal were maintained. Article 27 provided five reasons for the refusal of recognition/enforcement; par. 1 stated that a judgment shall not be recognized *“if such recognition is contrary to public policy in the State in which recognition is sought”* (<sup>186</sup>)

This was a common provision in many conventions signed and operating at that time, such as the 1970 Hague Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters (<sup>187</sup>).

In the words of the Jenard Report (<sup>188</sup>), it is made clear that *“there are grounds for refusal, not of the foreign judgment itself, but if recognition of it is contrary to public policy in the State in which the*

---

<sup>185</sup> The note had been sent to the Member States – six at that time - on October 22nd 1959, inviting them to commence negotiations – according to the Jenard Report.

<sup>186</sup> According to the Jenard Report, “recognition may be refused if it is contrary to public policy in the State in which the recognition is sought. In the opinion of the Committee this clause ought to operate only in exceptional cases. (...) public policy is not to be invoked as a ground for refusing to recognize a judgment given by a court of a Contracting State which has based its jurisdiction over a defendant domiciled outside the Community on a provision of its internal law, such as the provisions listed in the second paragraph of Article 3 (Article 14 of the French Civil Code, etc.). Furthermore, it follows from the last paragraph of Article 27 that public policy is not to be used as a means of justifying refusal of recognition on the grounds that the foreign court applied a law other than that laid down by the rules of private international law of the court in which the recognition is sought”. In the same direction is art. 7 of the Hague Convention: “recognition or enforcement may not be refused for the sole reason that the court of the State of origin has applied a law other than that which would have been applicable according to the rules of private international law of the State addressed”.

<sup>187</sup> Article 5 of the Hague Convention read as follows: “recognition or enforcement of a decision may nevertheless be refused in any of the following cases - (1) if recognition or enforcement of the decision is manifestly incompatible with the public policy of the State addressed or if the decision resulted from proceedings incompatible with the requirements of due process of law or if, in the circumstances, either party had no adequate opportunity fairly to present his case”. Further international convention with similar provisions were those between Germany and Belgium, and Italy and Belgium.

*recognition is sought. It is no part of the duty of the court seised of the matter to give an opinion as to whether the foreign judgment is, or is not, compatible with the public policy of its country. Indeed, this might be taken as criticism of the judgment. Its duty is rather to verify whether recognition of the judgment would be contrary to public policy”.*

## **2.- The road to the Regulation 44/2001.**

### **2.a) The reform of the 1968 Convention: from the 1997 Commission proposal...**

The debate on the need for the public policy clause started along with the discussions for the reform of the 1968 Brussels Convention. In its proposal for a Council act establishing the “new” Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments of 26 November 1997, the Commission dealt with the problem of simplified recognition and enforcement procedure. It recognised that “*the most radical solution, and the most compatible with the concept of a frontier-free law-enforcement area, would be to abolish the registration (exequatur) procedure purely and simply*”<sup>(189)</sup>. In such “radical solution”, there were no room for any public policy clause as there were not any proceeding where to raise such exception.

The radical option was probably excessive, and in fact the Commission considered still unrealistic such aim and preferred to suggest faster and easier proceedings for the recognition and enforcement of foreign decisions.

In spite of the amendments in the procedures, according to the Commission’s views, it would have been necessary a “...revision of the grounds on which recognition of a foreign judgment may currently be opposed...and in particularly public policy ground, which does not sit well with the European integration process on the civil and commercial matters concerned here”<sup>(190)</sup>. As a consequence, art 37a of the proposed draft of Convention did not list public policy among the grounds for opposing to recognition/enforcement of foreign decisions.

As anyone knows, the 1997 Commission proposal for a new international Convention has not been adopted, as the EC Treaty was deeply modified by the 1999 Amsterdam Treaty.

---

<sup>188</sup> OJ C 59 of March 5<sup>th</sup> 1979, page 1.

<sup>189</sup> Point 1.6 (page 11).

<sup>190</sup> Point 20 (page 12).

## **2.b) ... to the new proposal; the adoption of Regulation 44/2001.**

After the entry into force of the Amsterdam Treaty the EC Institutions were attributed the new competences of Title V in the area of freedom, security and justice (art. 61 et seq.) and it then became clear that the 1968 Convention would have been replaced by an EC legal instrument.

The Commission then prepared a new proposal (<sup>191</sup>) – this time with a view to issuing a EC Regulation – where the public policy clause still appeared in the text (<sup>192</sup>), though where the recognition and enforcement of foreign decisions were much simplified in comparison with the formalities required under the 1968 Brussels Convention.

According to Professor Pocar’s report to the Regulation, “the declaration of enforceability involves a procedure further simplified from that under the Brussels I Convention, so as to become virtually automatic, with purely formal scrutiny of the documents produced by the party applying for it (<sup>1</sup>). Having ascertained that the documents are in order, the court declares the judgment enforceable, upon application by any interested party, without considering recognition requirements under the regulation, in the absence of the party against whom enforcement is sought, who is not allowed to make any submissions at this stage of proceedings. Only once the declaration of enforceability has been served on the other party may he, within one month, appeal against it on the grounds for non-recognition under the regulation. The court must give its decision without delay on that appeal, which is dealt with under the rules governing adversarial procedure. The regulation thus follows the pattern of the summary procedure previously laid down in the Brussels I Convention, with the further simplification that scrutiny as to recognition requirements, performable by the court twice under the convention, first for a declaration of enforceability and then for an appeal against it, is confined to the second stage, if the party against whom enforcement is sought so requests by appealing. Where he does not, the foreign judgment is thus enforced without any scrutiny as to recognition requirements. The elimination of scrutiny at the first stage therefore has significant implications and makes for automatic giving of effect to foreign judgments”.

This new procedure reflects the new principles – arising out of the new Treaty rules - of mutual trust between Member States (<sup>193</sup>), and the cooperation within the area of civil procedure, together with the

---

<sup>191</sup> Proposal for a Council Regulation (EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters - (1999/C 376 E/01) - COM(1999) 348 final. -1999/0154(CNS) (Submitted by the Commission on 7 September 1999), OJ, December 12<sup>th</sup> 1999, C 376 E/1.

<sup>192</sup> Article 41 reads as follows: “*The court with which an appeal is lodged under Article 39 or Article 40 shall give its decision without delay. It shall refuse or revoke a declaration of enforceability only on one of the following grounds:*

*1. if the declaration of enforceability is manifestly contrary to public policy in the Member State addressed”.*

<sup>193</sup> Today this principle is fully confirmed by the case-law: of the Court: “...in the case of the recognition and enforcement of judgments, the relevant principles are those, specified in recital 6 and recitals 16 and 17 in the preamble to Regulation No 44/2001, of free movement of judgments and mutual trust in the administration of justice (*favor executionis*)”. Judgment of 4 May 2010, In Case C-533/08, TNT Express Nederland BV v. AXA Versicherung AG, point 45.



needs for faster, easier and less expensive proceedings (<sup>194</sup>), and limits the possibilities for the debtor to challenge the validity of the foreign decision.

In spite of the revised proceedings, the public policy clause still plays a role, albeit a softer one.

Article 34 of the Regulation 44/2001 provides that

*“a judgment shall not be recognised:*

*1. if such recognition is manifestly contrary to public policy in the Member State in which recognition is sought”.*

According to the Commission’s words in its explanatory notes to its 1999 proposal (<sup>195</sup>), “this Article determines the sole grounds on which a court seised of an appeal may refuse or revoke a declaration of enforceability. These grounds have been reframed in a restrictive manner to improve the free movement of judgments”. Particularly the Commission observes: “... adding the adverb “manifestly” in point 1 underscores the exceptional nature of the public policy ground” (<sup>196</sup>).

### **3. The interpretation of the public policy clause by the Court of Justice.**

In spite of the debate on the legislative options, the ECJ has been called upon to interpret the public policy clause quite scarcely. So far, the only few judgments are on art. 27.1 of the 1968 Brussels Convention.

The Krombach case is probably well known to a large audience.

---

As for the appreciation of the said principle in the area of Regulation 2201/2003, see the case C-256/09, judgment of 15 juillet 2010, Bianca Purrucker v. Guillermo Vallés Pérez, points 70 and 71: “Ainsi qu’il ressort du deuxième considérant du règlement n° 2201/2003, le principe de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires est la pierre angulaire de la création d’un véritable espace judiciaire. Selon le vingt et unième considérant dudit règlement, cette reconnaissance devrait reposer sur le principe de la confiance mutuelle.”

<sup>194</sup> The relevant Regulation’s whereas are the following: “(16) Mutual trust in the administration of justice in the Community justifies judgments given in a Member State being recognised automatically without the need for any procedure except in cases of dispute; (17) By virtue of the same principle of mutual trust, the procedure for making enforceable in one Member State a judgment given in another must be efficient and rapid. To that end, the declaration that a judgment is enforceable should be issued virtually automatically after purely formal checks of the documents supplied, without there being any possibility for the court to raise of its own motion any of the grounds for non-enforcement provided for by this Regulation; (18) However, respect for the rights of the defence means that the defendant should be able to appeal in an adversarial procedure, against the declaration of enforceability, if he considers one of the grounds for non-enforcement to be present. Redress procedures should also be available to the claimant where his application for a declaration of enforceability has been rejected.

<sup>195</sup> Commission of the European Communities, Brussels, 14.07.1999 - COM(1999) 348 final.

<sup>196</sup> The new rules on recognition and enforcement of foreign decisions and the new public policy clause apply also to the authentic instruments (art. 57) and to the Court settlements (art. 58).

[Article 57 - 1. A document which has been formally drawn up or registered as an authentic instrument and is enforceable in one Member State shall, in another Member State, be declared enforceable there, on application made in accordance with the procedures provided for in Articles 38, et seq. The court with which an appeal is lodged under Article 43 or Article 44 shall refuse or revoke a declaration of enforceability only if enforcement of the instrument is manifestly contrary to public policy in the Member State addressed.

Article 58

A settlement which has been approved by a court in the course of proceedings and is enforceable in the Member State in which it was concluded shall be enforceable in the State addressed under the same conditions as authentic instruments. The court or competent authority of a Member State where a court settlement was approved shall issue, at the request of any interested party, a certificate using the standard form in Annex V to this Regulation”].

Mr Krombach was the subject of a preliminary investigation in Germany following the death in Germany of a 14-year-old girl of French nationality. That preliminary investigation was subsequently discontinued. In response to a complaint by Mr Bamberski, the father of the young girl, a preliminary investigation was opened in France, the French courts declaring that they had jurisdiction by virtue of the fact that the victim was a French national. At the conclusion of that investigation, Mr Krombach was, by judgment of the *Chambre d'Accusation* (Chamber of Indictments) of the *Cour d'Appel de Paris* (Paris Court of Appeal), committed for trial before the *Cour d'Assises de Paris*.

That judgment and notice of the introduction of a civil claim by the victim's father were served on Mr Krombach. Although Mr Krombach was ordered to appear in person, he did not attend the hearing. The *Cour d'Assises de Paris* thereupon applied the contempt procedure governed by Article 627 et seq. of the French Code of Criminal Procedure. Pursuant to Article 630 of that Code, under which no defence counsel may appear on behalf of the person in contempt, the Cour d'Assises reached its decision without hearing the defence counsel instructed by Mr Krombach.

By judgment of 9 March 1995 the *Cour d'Assises* imposed on Mr Krombach a custodial sentence of 15 years after finding him guilty of violence resulting in involuntary manslaughter. By judgment of 13 March 1995, the *Cour d'Assises*, ruling on the civil claim, ordered Mr Krombach, again as being in contempt, to pay compensation to Mr Bamberski in the amount of FRF 350 000.

On application by Mr Bamberski, the President of a civil chamber of the *Landgericht* (Regional Court) *Kempten* (Germany), which had jurisdiction *ratione loci*, declared the judgment of 13 March 1995 to be enforceable in Germany. Following dismissal by the *Oberlandesgericht* (Higher Regional Court) of the appeal which he had lodged against that decision, Mr Krombach brought an appeal on a point of law (*Rechtsbeschwerde*) before the *Bundesgerichtshof* in which he submitted that he had been unable effectively to defend himself against the judgment given against him by the French court.

The *Bundesgerichtshof* decided to stay proceedings and to refer to the Court of Justice for a preliminary ruling (<sup>197</sup>) focused on how the term public policy in the State in which recognition is sought in point 1 of Article 27 of the Convention should be interpreted.

The Court started its reasoning by recalling its case law on some preliminary aspects:

---

<sup>197</sup> The questions were the following:

1. May the provisions on jurisdiction form part of public policy within the meaning of Article 27, point 1, of the Brussels Convention where the State of origin has based its jurisdiction as against a person domiciled in another Contracting State (first paragraph of Article 2 of the Brussels Convention) solely on the nationality of the injured party (as in the second paragraph of Article 3 of the Brussels Convention in relation to France)?

If Question 1 is answered in the negative:

2. May the court of the State in which enforcement is sought (first paragraph of Article 31 of the Brussels Convention) take into account under public policy within the meaning of Article 27, point 1, of the Brussels Convention that the criminal court of the State of origin did not allow the debtor to be defended by a lawyer in a civil-law procedure for damages instituted within the criminal proceedings (Article II of the Protocol of 27 September 1968 on the interpretation of the Brussels Convention) because he, a resident of another Contracting State, was charged with an intentional offence and did not appear in person?

If Question 2 is also answered in the negative:

3. May the court of the State in which enforcement is sought take into account under public policy within the meaning of Article 27, point 1, of the Brussels Convention that the court of the State of origin based its jurisdiction solely on the nationality of the injured party (see Question 1 above) and additionally prevented the defendant from being legally represented (see Question 2 above)?

- (i) the need for a strict interpretation of the public policy clause, as it constitutes an obstacle to the attainment of the EC goals (free movement of judgements) (<sup>198</sup>);
- (ii) the recourse to the public policy clause is limited to exceptional cases only (<sup>199</sup>).
- (iii) as the Convention is an autonomous and complete system independent of the legal systems of the Contracting States, the principle of legal certainty in the Community legal system and the objectives of the Convention in accordance with Article 220 of the EC Treaty (now Article 293 EC), on which it is founded, require a uniform application in all Contracting States of the Convention rules and the relevant case-law of the Court (<sup>200</sup>).

As a consequence, “the Contracting States in principle remain free, by virtue of the proviso in Article 27, point 1, of the Convention, to determine, according to their own conceptions, what public policy requires”, while “the limits of that concept are a matter for interpretation of the Convention” (<sup>201</sup>).

What are such limits?

The Court found two limits in the Krombach case.

One: the test of public policy referred to in point 1 of Article 27 may not be applied to the rules relating to jurisdiction (par.31): (32) It follows that *the public policy of the State in which enforcement is sought cannot be raised as a bar to recognition or enforcement of a judgment given in another Contracting State solely on the ground that the court of origin failed to comply with the rules of the Convention which relate to jurisdiction.*

Two: 37 Recourse to the public-policy clause in Article 27, point 1, of the Convention can be envisaged only where recognition or enforcement of the judgment delivered in another Contracting State would be at variance to an *unacceptable degree* with the legal order of the State in which enforcement is sought inasmuch as it infringes a *fundamental principle*. In order for the prohibition of any review of the foreign judgment as to its substance to be observed, *the infringement would have to constitute a manifest breach of a rule of law regarded as essential in the legal order of the State in which enforcement is sought or of a right recognised as being fundamental within that legal order.*

In the Krombach case, then, “*a national court of a Contracting State is entitled to hold that a refusal to hear the defence of an accused person who is not present at the hearing constitutes a manifest breach of a fundamental right*”.

“It follows from the foregoing developments in the case-law that recourse to the public-policy clause must be regarded as being possible in exceptional cases where the guarantees laid down in the legislation

---

<sup>198</sup> Case C-414/92 Solo Kleinmotoren v Boch [1994] ECR I-2237, par.20; Krombach, par. 21.

<sup>199</sup> Case 145/86 Hoffmann v Krieg [1988] ECR 645, paragraph 21, and Case C-78/95 Hendrikman and Feyen v Magenta Druck & Verlag [1996] ECR I-4943, paragraph 23; Krombach, par. 21.

<sup>200</sup> Case C-432/93 SISRO v Ampersand [1995] ECR I-2269, paragraph 39.

<sup>201</sup> Krombach, par. 22; par. 23 reads as follows: “while it is not for the Court to define the content of the public policy of a Contracting State, it is none the less required to review the limits within which the courts of a Contracting State may have recourse to that concept for the purpose of refusing recognition to a judgment emanating from a court in another Contracting State”.

of the State of origin and in the Convention itself have been insufficient to protect the defendant from a manifest breach of his right to defend himself before the court of origin, as recognised by the ECHR.”.

Many of the principles outlined in Krombach have been reviewed in a restricted way in the Gambazzi case.

The facts have been illustrated by the Court as follows:

11. According to the order for reference and the observations submitted to the Court, in the context of a claim for damages with interest brought by DaimlerChrysler and CIBC against Mr Gambazzi, the High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, on 26 February 1997, on application by DaimlerChrysler and CIBC, made an order which, on the one hand, restrained Mr Gambazzi on a temporary basis from dealing with some of his assets (‘freezing order’) and, on the other hand, instructed him to disclose details of his assets and certain documents in his possession concerning the principal claim (‘disclosure order’). On 11 March 1997 that order was served by the Swiss authorities on Mr Gambazzi, who entered an appearance in the proceedings before the High Court.

12. Mr Gambazzi did not comply, or at least did not fully comply, with the disclosure order. The High Court then, on application by DaimlerChrysler and CIBC, made on 10 July 1998 an order which barred Mr Gambazzi from taking any further part in the proceedings unless he complied, within the prescribed time-limit, with the obligations regarding disclosure of the information and documents requested (‘unless order’).

13. Mr Gambazzi made several appeals against the freezing order, the disclosure order and the unless order. All those appeals were dismissed.

14. On 13 October 1998, the High Court made a new ‘unless order’.

15. Since Mr Gambazzi did not, within the prescribed time-limit, completely fulfil the obligations laid down in the new order, he was held to be in contempt of court and was excluded from the proceedings (‘debarment’).

16. By judgment of 10 December 1998, supplemented by an order of 17 March 1999 (‘the High Court judgments’), the High Court entered judgment as if Mr Gambazzi was in default and allowed the applications of DaimlerChrysler and CIBC, ordering Mr Gambazzi to pay them damages of CAD 169 752 058 and CAD 71 595 530 and USD 129 974 770, with interest and incidental expenses.

17. On application by DaimlerChrysler and CIBC, the Corte d’appello di Milano (Court of Appeal, Milan, Italy), by order of 17 December 2004, declared the High Court judgments to be enforceable in Italy.

18. Mr Gambazzi appealed against that order. He claims that the High Court judgments cannot be recognised in Italy, on the ground that they are contrary to public policy within the meaning of Article

27(1) of the Brussels Convention, because they were made in breach of the rights of the defence and of the adversarial principle.

19. It was in those circumstances that the Corte d'appello di Milano, before which the appeal was brought, decided to stay the proceedings and to refer to the Court of Justice the following question for a preliminary ruling:

‘On the basis of the public policy clause in Article 27(1) of the Brussels Convention, may the court of the State requested to enforce a judgment take account of the fact that the court of the State which handed down that judgment denied the unsuccessful party which had entered an appearance the opportunity to present any form of defence following the issue of a debarring order as described [in the grounds of the present Order]? Or does the interpretation of that provision in conjunction with the principles to be inferred from Article 26 et seq. of the Convention, concerning the mutual recognition and enforcement of judgments within the Community, preclude the national court from finding that civil proceedings in which a party has been prevented from exercising the rights of the defence, on grounds of a debarring order made by the court because of that party’s failure to comply with a court injunction, are contrary to public policy within the meaning of Article 27(1)?’

The question referred for a preliminary ruling

20. By this question, the national court asks essentially if, with regard to the public policy clause in Article 27(1) of the Brussels Convention, the court of the State in which enforcement is sought may take into account the fact that the court of the State of origin ruled on the plaintiff’s claims without hearing the defendant, who entered appearance before it but was excluded from the proceedings by an order, on the ground that he had not complied with the obligations imposed by an order adopted at an earlier stage.

The case is dealing with a particular kind of public policy principles, as it is based on one of the fundamental rights envisaged and protected: the right to a fair trial.

As in the Krombach case the Court stated that the control over the limits of the public policy exemption is a matter of EC law, in the Gambazzi case the Court had to face the following key questions:

- (i) can a fundamental right be limited by reasons of public policy?
- (ii) if the answer is “yes”, to what extent such limitation is admissible?

“With regard to the exercise of the rights of the defence, to which the question submitted for a preliminary ruling refers, the Court has pointed out that this occupies a prominent position in the organisation and conduct of a fair trial and is one of the fundamental rights deriving from the constitutional traditions common to the Member States and from the international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, among which the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950, is of particular importance (see, to that effect, Krombach, paragraphs 38 and 39).

It should, however, be borne in mind that fundamental rights, such as respect for the rights of the defence, do not constitute unfettered prerogatives and may be subject to restrictions. However, such restrictions must in fact correspond to the objectives of public interest pursued by the measure in question and must not constitute, with regard to the aim pursued, a manifest or disproportionate breach of the rights thus guaranteed <sup>(202)</sup>”

It is for the national court to assess, in the light of the specific circumstances of these proceedings, if that is the case. In other words, if the exclusion of Mr. Gambazzi from the trial is a reasonable restriction to his right of defence or it is an excessive measure having regard to the proceedings as a whole in the light of all the circumstances <sup>(203)</sup> <sup>(204)</sup>.

“It is for the national court to carry out a balancing exercise with regard to those various factors in order to assess whether, in the light of the objective of the efficient administration of justice pursued by the High Court, the exclusion of Mr Gambazzi from the proceedings appears to be a manifest and disproportionate infringement of his right to be heard.”

A very hard task is therefore asked to national Courts as they are called upon to examine not only the effects of the foreign decisions, but also if any breaches of fundamental rights in the country of origin can be tolerated, as being based on the public principles of correct functioning of the judicial system.

Is it a reasonable task for our national Courts?

---

<sup>202</sup> The Court observed that With regard to the sanction adopted in the main proceedings, the exclusion of Mr Gambazzi from any participation in the proceedings, that is, as the Advocate General stated in point 67 of her Opinion, the most serious restriction possible on the rights of the defence. Consequently, such a restriction must satisfy very exacting requirements if it is not to be regarded as a manifest and disproportionate infringement of those rights.

<sup>203</sup> See, in that regard, Case C-341/04 Eurofood IFSC [2006] ECR I-3813, paragraph 68.

<sup>204</sup> Here are some more excerpts from the judgment: “41. That means taking into account, in the present case, not only the circumstances in which, at the conclusion of the High Court proceedings, the decisions of that court – the enforcement of which is sought – were taken, but also the circumstances in which, at an earlier stage, the disclosure order and the unless order were adopted. 42. With regard, first, to the disclosure order, it is for the national court to examine whether, and if so to what extent, Mr Gambazzi had the opportunity to be heard as to its subject-matter and scope, before it was made. It is also for it to examine what legal remedies were available to Mr. Gambazzi, after the disclosure order was made, in order to request its amendment or revocation. In that regard, it must be established whether he had the opportunity to raise all the factual and legal issues which, in his view, could support his application and whether those issues were examined as to the merits, in full accordance with the adversarial principle, or whether on the contrary, he was able to ask only limited questions.43. With regard to Mr Gambazzi’s failure to comply with the disclosure order, it is for the national court to ascertain whether the reasons advanced by Mr Gambazzi, in particular the fact that disclosure of the information requested would have led him to infringe the principle of protection of legal confidentiality by which he is bound as a lawyer and therefore to commit a criminal offence, could have been raised in adversarial court proceedings. 44. Concerning, second, the making of the unless order, the national court must examine whether Mr Gambazzi could avail himself of procedural guarantees which gave him a genuine possibility of challenging the adopted measure. 45. Finally, with regard to the High Court judgments in which the High Court ruled on the applicants’ claims as if the defendant was in default, it is for the national court to investigate the question whether the well-foundedness of those claims was examined, at that stage or at an earlier stage, and whether Mr Gambazzi had, at that stage or at an earlier stage, the possibility of expressing his opinion on that subject and a right of appeal. 46. It must be underlined that verifying those points, to the extent that the sole purpose is to identify any manifest and disproportionate infringement of the right to be heard, does not mean reviewing the High Court’s assessment of the merits, which would constitute a review as to the substance of the judgment expressly prohibited by Article 29 and the third paragraph of Article 34 of the Brussels Convention. The referring court must confine itself to identifying the legal remedies which were available to Mr. Gambazzi and to verifying that they offered him the possibility of being heard, in compliance with the adversarial principle and the full exercise of the rights of defence.”

#### **4.- The other Regulations on civil procedure.**

After the 1997 commission remarks on the possible abolishment of the public policy clause, not only the Regulation 44/2001 has been issued in the field of civil procedure, but also many other EC instruments have come into being. Some regulations provide the public policy exception, some do not.

The regulations containing the provision are, not surprisingly, those dealing with matters where each State's core values still play a central role.

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000 <sup>(205)</sup> provides in art. 22 that a foreign judgment relating to a divorce, legal separation or marriage annulment “shall not be recognised:

(a) if such recognition is manifestly contrary to the public policy of the Member State in which recognition is sought”

Article 23 provides that a “judgment relating to parental responsibility shall not be recognised:

(a) if such recognition is manifestly contrary to the public policy of the Member State in which recognition is sought taking into account the best interests of the child”.

Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings <sup>(206)</sup> contains a specific provision for public policy. Art. 26 provides that “any Member State may refuse to recognize insolvency proceedings opened in another Member State or to enforce a judgment handed down in the context of such proceedings where the effects of such recognition or enforcement would be manifestly contrary to that State's public policy, in particular its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual”.

The draft of Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession provides that (art. 30) “a decision shall not be recognised in the following cases:

(a) where it was given in default of appearance, such recognition is manifestly contrary to public policy in the Member State in which recognition is sought, it being understood that the public policy criterion may not be applied to the rules of jurisdiction”

---

<sup>205</sup> OJ L 338, 23/12/2003.

<sup>206</sup> OJ L 160, 30/06/2000.

On the contrary, three minor regulations in the civil procedure area do not provide any public policy clauses. Their scope of application focus on to the civil and commercial areas, similarly – though not identically - to that of Regulation 44/2001. Such are:

- the Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims (<sup>207</sup>);
- the Regulation (EC) No 1896/2006 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure (<sup>208</sup>), and
- the Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure (<sup>209</sup>).

## **5.- The Commission’s studies and the 2009 Green Paper on the review of the Regulation.**

The most accurate and recent reflections on the public policy clause are to be found in the debate arisen out of the revision procedure of Regulation 44/2001.

According to Article 73 of that Regulation, the Commission had to investigate on its application after five years from its entry into force. The Commission then asked the cooperation of a group of experts coordinated by Professors Heiss, Pfeiffer and Schlosser who delivered a very interesting study (<sup>210</sup>), which is highly recommended for anyone interested in the functioning of the Regulation’s mechanism.

On the result of this study, the Commission prepared a “Report” to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee “on the application of Council Regulation (EC) No 44/2001” (<sup>211</sup>). The most interesting excerpts of the Report are the following:

### “2.2. General evaluation of the Regulation

In general, the Regulation is considered to be a highly successful instrument, which has facilitated cross-border litigation through an efficient system of judicial cooperation based on comprehensive jurisdiction rules, coordination of parallel proceedings, and circulation of judgments. The system of judicial cooperation laid down in the Regulation has successfully adapted to the changing institutional

---

<sup>207</sup> OJ L 143, 30.04.2004.

<sup>208</sup> O J L 399 , 30/12/2006.

<sup>209</sup> OJ L 199, 31/07/2007.

<sup>210</sup> HESS, PFEIFFER, SCHLOSSER, *The Heidelberg Report on the application of Regulation Brussels I in 25 member States (study JLS/C4/2005/03)*, Munchen, 2008.

<sup>211</sup> COM/2009/0174 final; not yet published in the OJ.



environment (from intergovernmental cooperation to an instrument of European integration) and to new challenges of modern commercial life. As such, it is highly appreciated among practitioners.

This general satisfaction with the operation of the Regulation does not exclude that the functioning of the Regulation may be improved.”

### “3.1. The abolition of exequatur

Following the political mandate by the European Council in the Tampere (1999) and The Hague (2004) programs, the main objective of the revision of the Regulation should be the abolition of the *exequatur* procedure in all matters covered by the Regulation.

As regards the existing *exequatur* procedure, the general study shows that, when the application is complete, first instance proceedings before the courts in the Member States tend to last, on average, from 7 days to 4 months. When, however, the application is incomplete, proceedings last longer. Applications are often incomplete and judicial authorities ask for additional information, in particular translations. Most applications for a declaration of enforceability are successful (between 90% and 100%). Only between 1 and 5% of the decisions are appealed. Appeal proceedings may last between one month and three years, depending on the different procedural cultures in the Member States and the workload of the courts.

In cases where the declaration of enforceability is challenged, the ground of refusal of recognition and enforcement most frequently invoked is the lack of appropriate service pursuant to Article 34(2). However, the general study shows that such challenges are rarely successful today<sup>13</sup>. As to public policy, the study shows that this ground is frequently invoked but rarely accepted. If it is accepted, this mostly occurs in exceptional cases with the aim of safeguarding the procedural rights of the defendant<sup>14</sup>. It seems extremely rare, in civil and commercial matters, that courts would apply the public policy exception with respect to the substantive ruling by the foreign court. The other grounds for refusal are rarely invoked”.

The Commission issued also the “Green paper on the review of Council Regulation EC n.44/2001 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters” (<sup>212</sup>), addressed to all interested parties, where the following reflexions are made:

“The existing *exequatur* procedure in the Regulation simplified the procedure for recognition and enforcement of judgments compared to the previous system under the 1968 Brussels Convention. Nevertheless, it is difficult to justify, in an internal market without frontiers, that citizens and businesses

---

<sup>212</sup> COM/2009/0175 final; not yet published in the OJ.

have to undergo the expenses in terms of costs and time to assert their rights abroad. If applications for declarations of enforceability are almost always successful and recognition and enforcement of foreign judgments is very rarely refused, aiming for the objective of abolishing the exequatur procedure in all civil and commercial matters should be realistic. In practice, this would apply principally to *contested claims*. The abolition of exequatur should, however, be accompanied by the necessary safeguards.

In the area of *uncontested claims*, intermediate measures have been abolished on the basis of a control, in the Member State of origin, of minimum standards relating to the service of the document instituting proceedings and to the provision of information about the claim and the procedure to the defendant. In addition, an exceptional review should remedy situations where the defendant was not served personally in a way to enable him/her to arrange for his/her defence or where he/she could not object to the claim by reason of force majeure or extraordinary circumstances (‘special review’). Under this system, the claimant must still go through a certification procedure, be it that this procedure takes place in the Member State of origin rather than in the Member State of enforcement <sup>(213)</sup>.

In light of this analysis, the Commission asks the following questions:

Question 1:

Do you consider that in the internal market all judgments in civil and commercial matters should circulate freely, without any intermediate proceedings (abolition of exequatur)?

If so, do you consider that some safeguards should be maintained in order to allow for such an abolition of exequatur? And if so, which ones?”

Answers were to be addressed to the Commission within June 30<sup>th</sup> 2009 and we are awaiting to know what are the outcome of such inquiries.

## **6.- Is the public policy clause responsible for lengthy and costly enforcement proceedings?**

My answer is clearly: no.

But, first of all, is the public policy clause responsible for today’s lengthy and costly proceedings for the enforcement of foreign decisions before national Courts? Is it to blame and shall we abolish it?

In my view,

---

<sup>213</sup> ) According to the Commission, “In the area of contested and uncontested claims, on the other hand, Regulation 4/2009 on maintenance obligations abolishes exequatur on the basis of harmonised rules on applicable law and the protection of the rights of the defence is ensured through the special review procedure which applies once the judgment has been issued. Regulation 4/2009 thus takes the view that, in the light of the low number of “problematic” judgments presented for recognition and enforcement, a free circulation is possible as long as the defendant has an effective redress a posteriori (special review). If a similar approach were followed in civil and commercial matters generally, the lack of harmonisation of such a special review procedure might introduce a certain degree of uncertainty in the few situations where the defendant was not able to defend him/herself in the foreign court. It should therefore be reflected whether a more harmonised review procedure might not be desirable”.

(i) the mechanism of the proceedings and

(ii) the exceptions one can raise while opposing to the recognition and enforcement

are two very different aspects of the EC Regulations and need to be faced differently.

We all would desire better and faster proceedings, but with regard to the public policy clause the real questions should be: “is it useless and shall we abolish it? Or: is it necessary to preserve our fundamental rights? How much do we care about our fundamental rights and the ways to preserve them?”

I share the opinions of the recent legal literature where the clause is considered to be still necessary in the Regulation 44/2001. As for the other Regulations, I would say that the EC has chosen a “case by case” approach: in some less sensitive areas the public policy provision (and the whole *exequatur*) is absent, while elsewhere the Member States and their fundamental principles still are still requested to play a pivotal role.

# DIE VERORDNUNGEN (EG) NR. 805/2004, (EG) NR. 1896/2006 UND (EG) NR. 861/2007 UND DEREN UMSETZUNG IN DAS ÖSTERREICHISCHE RECHT

Sylvia Zangl

## Schlüsselwörter

Europäisches Zivilprozessrecht; Mahnverfahren; Bagatellverfahren; geringfügige Forderung; unbestrittene Forderung; Vollstreckungstitel; Zahlungsbefehl; Bagatellurteil; Vollstreckung; Österreich

## 1. Einleitung

1.1. Mit der Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen<sup>214</sup> (im Folgenden „EuVTVO“), der Verordnung (EG) Nr. 1896/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens<sup>215</sup> (im Folgenden „EuMahnVO“) und der Verordnung (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen<sup>216</sup> (im Folgenden „EuBagatellVO“) hat der Europäische Gesetzgeber drei Rechtsinstrumente geschaffen, die jeweils in Zivil- und Handelssachen<sup>217</sup> die grenzüberschreitende Forderungsbetreibung vereinfachen und beschleunigen sowie die Verfahrenskosten verringern sollen.

1.2. Sowohl die EuVTVO als auch die EuMahnVO und die EuBagatellVO sehen dazu Verfahren zur Erlangung eines Titels vor, der in den anderen Mitgliedstaaten der EU (jeweils ausgenommen Dänemark<sup>218</sup>) unmittelbar vollstreckt wird, ohne dass es einer Vollstreckbarerklärung bedarf. Nach der EuVTVO gilt dies für Entscheidungen, gerichtliche Vergleiche oder öffentliche Urkunden über unbestrittene Forderungen, die im Ursprungsmitgliedstaat<sup>219</sup> als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt worden sind (Art 5, 24 Abs 2 und Art 25 Abs 2 EuVTVO). Nach der EuMahnVO wird der im Ursprungsmitgliedstaat<sup>220</sup> vollstreckbar gewordene Europäische Zahlungsfehl ohne Vollstreckbarerklärung in den anderen Mitgliedstaaten vollstreckt (Art 19 EuMahnVO). Entsprechendes

---

<sup>214</sup> ABI L 143, 15 vom 30.4.2004 idgF.

<sup>215</sup> ABI L 399, 1 vom 30.12.2006 idgF.

<sup>216</sup> ABI L 199, 1 vom 31.7.2007 idgF.

<sup>217</sup> Zum Anwendungsbereich der Verordnungen siehe jeweils Art 2 EuVTVO, EuMahnVO und EuBagatellVO.

<sup>218</sup> Erwägungsgrund 25 und Art 2 Abs 3 EuVTVO, Erwägungsgrund 32 und Art 2 Abs 3 EuMahnVO und Erwägungsgrund 38 und Art 2 Abs 3 EuBagatellVO. Ein (völkerrechtliches) Abkommen, mit dem – wie für die EuGVVO mit dem Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 299, 62 vom 16.11.2005 – der Anwendungsbereich auf Dänemark erstreckt wird, besteht für die EuVTVO, die EuMahnVO und die EuBagatellVO nicht.

<sup>219</sup> Der Ausdruck „Ursprungsmitgliedstaat“ bezeichnet iSd EuVTVO den Mitgliedstaat, in dem eine Entscheidung ergangen ist, ein gerichtlicher Vergleich gebilligt oder geschlossen oder eine öffentliche Urkunde ausgestellt wurde und in dem diese als Europäischer Vollstreckungstitel zu bestätigen sind (Art 4 Z 4 EuVTVO).

<sup>220</sup> Der Ausdruck „Ursprungsmitgliedstaat“ bezeichnet iSd EuMahnVO den Mitgliedstaat, in dem ein Europäischer Zahlungsbefehl erlassen wird (Art 5 Z 1 EuMahnVO).

gilt für ein im europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen nach der BagatellVO (im Folgenden auch „Europäisches Bagatellverfahren“) ergangenes Urteil (Art 20 Abs 1 EuBagatellVO). Der Europäische Zahlungsbefehl und das im Europäischen Bagatellverfahren ergangene Urteil (im Folgenden auch „Europäisches Bagatellurteil“) sind daher besondere „Europäische Vollstreckungstitel“.

1.3. Der Unterschied zwischen dem Europäischen Vollstreckungstitel nach der EuVTVO und den in den Verfahren nach der EuMahnVO und der EuBagatellVO geschaffenen Titeln besteht darin, dass es sich beim Europäischen Vollstreckungstitel nach der EuVTVO um einen Titel handelt, der nach dem nationalen (Verfahrens)Recht des Ursprungsmitgliedstaats zustande gekommen ist und der erst durch die Erteilung der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel diese (zusätzliche) Dimension erhält. Beim Europäischen Zahlungsbefehl und beim Urteil, das im Europäischen Bagatellverfahren ergeht, handelt es sich hingegen jeweils um Titel, die bereits in einem eigenständigen europäischen Zivilverfahren geschaffen werden, in dem die nationalen Verfahrensvorschriften der Mitgliedstaaten nur soweit ergänzend heranzuziehen sind, als die jeweilige Verordnung nichts anders anordnet (Art 26 EuMahnVO, Art 19 EuBagatellVO) bzw – wie zB Art 17 Abs 2 EuMahnVO und Art 4 Abs 3 EuBagatellVO – ausdrücklich auf das nationale Verfahrensrecht verweist.<sup>221</sup>

1.4. Zwecks Umsetzung der EuMahnVO sowie der EuBagatellVO hat der österreichische Gesetzgeber im Zuge der Zivilverfahrens-Novelle 2009 (ZVN 2009) BGBl I 2009/30 zwei neue Bestimmungen in die ZPO<sup>222</sup> (§§ 252 und 548) eingefügt.<sup>223</sup> Beide Bestimmungen enthalten ergänzende Bestimmungen insbesondere zu den Bereichen in denen die EuMahnVO und die EuBagatellVO ausdrücklich auf das nationale Verfahrensrecht verweisen.

Zum Europäischen Vollstreckungstitel nach der EuVTVO wurden im österreichischen Recht bereits im Zuge der Exekutionsordnungs-Novelle 2005 (EO-Nov 2005) BGBl I 2005/68<sup>224</sup> „Anpassungsregelungen“ erlassen, die - soweit sie das Bestätigungsverfahren nach der EuVTVO betreffen - unter Punkt 3. und - soweit sie das Vollstreckungsverfahren betreffen - unter Punkt 4. dargestellt werden.

## 2. Europäisches Mahnverfahren (§ 252 ZPO)

2.1. Zum Europäischen Mahnverfahren ist vorweg festzuhalten, dass es dem österreichischen Mahnverfahren sehr ähnlich ist.<sup>225</sup> Insbesondere handelt es sich in beiden Fällen um ein einstufiges, nicht

---

<sup>221</sup> Vgl *Rechberger* in *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren<sup>7</sup> (2009) Rz 1226.

<sup>222</sup> Gesetz vom 1.8.1895 über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung – ZPO), RGBl 1895/113 idGF.

<sup>223</sup> Die notwendige Anpassung des österreichischen Rechtes war zwar rechtzeitig durch den Ministerialentwurf einer Zivilverfahrens-Novelle 2008 (ZVN 2008) in Aussicht genommen worden, jedoch unterblieb die Verabschiedung wegen des vorzeitigen Endes der 23. Gesetzgebungsperiode. § 548 ZPO idF ZVN 2009 ist mit 1.4.2009 (Art XIV Abs 1 ZVN 2009), § 252 ZPO idF ZVN 2009 mit 1.7.2009 (Art XIV Abs 2 ZVN 2009) in Kraft getreten. - Die Motive sind den Erläuterungen zur Regierungsvorlage (ErläutRV) zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP zu entnehmen.

<sup>224</sup> Die Motive sind den ErläutRV zur EO-Nov 2005, 928 BlgNR 22. GP zu entnehmen.

<sup>225</sup> Vgl *Mayr*, Das europäische Mahnverfahren und Österreich, JBl 2008, 503 (504); *Rechberger*, Das Europäische Mahnverfahren aus Österreichischer Sicht, in *König/Mayr* (Hrsg), Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich II (2009) 25 (27).

beweispflichtiges Mahnverfahren. Trotz dieser prinzipiellen Übereinstimmung bestehen jedoch auch einige wesentliche Unterschiede:<sup>226</sup>

2.1.1. Das Europäische Mahnverfahren stellt eine zusätzliche und fakultative Variante für den Antragsteller dar, der sich bei der Betreibung seiner Geldforderung auch bei Vorliegen der Voraussetzungen der EuMahnVO für das nach nationalem Recht jeweils vorgesehene sonstige gerichtliche Verfahren entscheiden kann.<sup>227</sup> Das österreichische Mahnverfahren<sup>228</sup> ist hingegen bei Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 244 ZPO) zwingend anzuwenden. Da die Vorschriften der §§ 244 bis 251 und § 448 ZPO über das österreichische Mahnverfahren durch die Einführung des Europäischen Mahnverfahrens unberührt geblieben sind, bedeutet dies daher, dass dann, wenn sich der Gläubiger für das gerichtliche Verfahren nach autonomem Recht entscheidet, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (zwingend) ein österreichischer Zahlungsbefehl zu erlassen ist. Begehrt der Gläubiger hingegen ein Vorgehen nach der EuMahnVO, so darf auch bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen kein österreichischer Zahlungsbefehl erlassen werden, sodass das österreichische Mahnverfahren zwar weiterhin obligatorisch, jedoch im Verhältnis zum Europäischen Mahnverfahren subsidiär ist.<sup>229</sup>

2.1.2. Der sachliche Anwendungsbereich des (obligatorischen) österreichischen Mahnverfahrens ist auf Klagen beschränkt, mit denen ausschließlich die Zahlung eines 75.000 Euro nicht übersteigenden Geldbetrags begehrt wird (§ 244 Abs 1 ZPO). Im (fakultativen) Europäischen Mahnverfahren besteht hingegen keine Betragsbeschränkung, sodass (bezahlte und fällige) Geldforderungen unabhängig von ihrer Höhe im Europäischen Mahnverfahren verfolgt werden können.<sup>230</sup>

Enger ist der Anwendungsbereich des Europäischen Mahnverfahrens im Vergleich zum österreichischen Mahnverfahren vor allem insoweit als die EuMahnVO gem Art 2 Abs 2 lit d auf Ansprüche aus außervertraglichen Schuldverhältnissen, wie zB Schadenersatzansprüche aus einem Verkehrsunfall<sup>231</sup>, unanwendbar ist, es sei denn, diese sind bereits Gegenstand einer Vereinbarung oder eines Schuldanerkenntnisses oder es handelt sich dabei um bezifferte Forderungen aus gemeinsamem Eigentum an unbeweglichen Sachen. Das österreichische Mahnverfahren gilt hingegen grundsätzlich in allen

---

<sup>226</sup> Siehe dazu und zum Folgenden auch *Weber/Fucik*, Das österreichische und das Europäische Mahnverfahren – Die wesentlichen Unterschiede, ÖJZ 2008/88, 829; *Zangl*, Österreichisches und Europäisches Mahnverfahren, Zbornik Pravne fakultete Univerze v Mariboru IV/1 (2008) 273.

<sup>227</sup> Erwägungsgrund 10 und Art 1 Abs 2 EuMahnVO.

<sup>228</sup> Das österreichische Mahnverfahren ist im Kern älter als die ZPO. Es geht im Wesentlichen auf das fakultative Mahnverfahren nach dem Mahngesetz 1873 RGBI 1873/67 zurück, dessen Fortbestehen durch das Inkrafttreten der ZPO im Jahr 1898 nicht berührt wurde. Erst mit der Zivilverfahrens-Novelle 1983 BGBI 1983/135 wurde das Mahngesetz aufgehoben und das Mahnverfahren in die ZPO integriert; seit 1.1.1986 ist es bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zwingend anzuwenden und – abweichend vom Mahngesetz – von einem diesbezüglichen Antrag des Klägers unabhängig. Mit der Zivilverfahrens-Novelle 2002, BGBI I 2002/76 wurde das Mahnverfahren auf das Gerichtshofverfahren ausgedehnt. Vgl dazu insbesondere *Kodek in Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, III<sup>2</sup> (2004) Vor § 244 Rz 14 ff.

<sup>229</sup> Vgl *Weber/Fucik*, ÖJZ 2008/88, 829 FN 2; siehe auch *Zangl*, Zbornik IV/1, 273 (285).

<sup>230</sup> Kritisch dazu *Weber*, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, Zak 2006/428, 250.

<sup>231</sup> Vgl *Rauscher in Rauscher* (Hrsg), Europäisches Zivilprozessrecht II<sup>2</sup> (2006) Einf EG MahnVO Rz 10; *Tschüscher/Weber*, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ÖJZ 2007/27, 303 (306); *Mayr*, JBl 2008, 503 (505).

(bürgerlichen) Rechtsstreitigkeiten der ZPO einschließlich der Arbeitsrechtssachen nach dem ASGG<sup>232</sup> (§ 56 iVm § 50 ASGG).<sup>233</sup>

2.1.3. Das (fakultative) Europäische Mahnverfahren ist (nur) in grenzüberschreitenden Rechtssachen, dh dann anzuwenden, wenn mindestens eine der Parteien – im Zeitpunkt der Antragstellung (Art 3 Abs 3 EuMahnVO) – ihren (Wohn-)Sitz<sup>234</sup> oder gewöhnlichen Aufenthalt<sup>235</sup> in einem anderen Mitgliedstaat als dem des befassten Gerichts hat (Art 3 Abs 1 EuMahnVO). (Art 2 Abs 1 EuMahnVO). Im (obligatorischen) österreichischen Mahnverfahren darf ein Zahlungsbefehl nicht erlassen werden, wenn der Beklagte seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz im Ausland hat (§ 244 Abs 2 Z 3 ZPO).

Der Antragsteller kann daher (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) nur dann zwischen dem Europäischen und dem österreichischen Mahnverfahren wählen, wenn er selbst seinen (Wohn-)Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als Österreich, zB in Slowenien, hat und der Antragsgegner (Beklagte) seinen (Wohn-)Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat.<sup>236</sup> Hat der Antragsgegner seinen (Wohn-)Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Österreich, so kann er vor einem österreichischen Gericht zwar nicht im österreichischen Mahnverfahren, jedoch unter der Voraussetzung, dass mindestens eine der Parteien ihren (Wohn-)Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen (auch im selben) Mitgliedstaat als Österreich hat, im Europäischen Mahnverfahren in Anspruch genommen werden, sodass durch dieses aus österreichischer Sicht insoweit eine Lücke geschlossen wird.

2.2. Die ergänzenden Bestimmungen zur EuMahnVO finden sich in dem mit der ZVN 2009 im Anschluss an die Bestimmungen über das österreichische Mahnverfahren (§§ 244 bis 251 ZPO) neu eingefügten, mit „Europäisches Mahnverfahren“ überschriebenen § 252 ZPO.

Ausgehend davon, dass die EuMahnVO nicht zu allen Fragen, die sich aus der Einbringung eines Antrages auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls ergeben können, Regelungen enthält und sich gem Art 26 EuMahnVO sämtliche verfahrensrechtlichen Fragen, die in der Verordnung nicht ausdrücklich geregelt sind, nach nationalem Recht richten, wird in § 252 Abs 1 ZPO zunächst klargestellt, dass im Europäischen Mahnverfahren, soweit die EuMahnVO nichts anderes anordnet, die für die jeweiligen Verfahrensgegenstand geltenden Verfahrensvorschriften anzuwenden sind. Dies gilt insbesondere für das weitere Verfahren nach Einspruchserhebung.

Da das Europäische Mahnverfahren unabhängig von der Art der Gerichtsbarkeit anwendbar ist (Art 2 Abs 1 EuMahnVO), können in diesem Verfahren (grundsätzlich) auch solche Ansprüche geltend gemacht

---

<sup>232</sup> Bundesgesetz vom 7.3.1985 über die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit (Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz – ASGG), BGBl 1985/104 idgF.

<sup>233</sup> Zangl, Zbornik IV/1, 273 (275); Kloiber, Das Europäische Mahnverfahren – Die VO (EG) 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ZfRV 2009/12, 68 (69).

<sup>234</sup> Der Wohnsitz wird nach den Art 59 und 60 EuGVVO bestimmt (Art 3 Abs 2 EuMahnVO).

<sup>235</sup> Der „gewöhnliche Aufenthalt“ wird in der EuMahnVO ebenso wie in der EuGVVO nicht definiert.

<sup>236</sup> Vgl Simotta in Rechberger/Simotta, ZPR<sup>7</sup> Rz 1256.

werden, die nach österreichischem Recht, wie zB gesetzliche Unterhaltsansprüche zwischen in gerader Linie verwandten Personen, nicht im Zivilprozess, sondern im Verfahren außer Streitsachen durchzusetzen sind.<sup>237</sup> Im Europäischen Mahnverfahren sind daher - je nachdem, ob ein Anspruch nach nationalem Recht im Zivilprozess oder Verfahren außer Streitsachen geltenden zu machen wäre - subsidiär die Regelungen der ZPO oder des AußStrG<sup>238</sup> anzuwenden. Die subsidiäre Anwendung der Bestimmungen AußStrG, insbesondere auch auf die erwähnten Unterhaltsansprüche<sup>239</sup> dürfte jedoch aufgrund der erwähnten Beschränkung des Anwendungsbereichs der EuMahnVO bei außervertraglichen Schuldverhältnissen auf vertraglich anerkannte Ansprüche (Art 2 Abs 2 lit d EuMahnVO) und der weiteren Beschränkung auf bezifferte und fällige Geldforderungen (Art 4 EuMahnVO) keine besondere praktische Rolle spielen.<sup>240</sup>

2.3. Die Durchführung des Europäischen Mahnverfahrens ist in Österreich einem **zentralen Mahngericht** vorbehalten. Für das Europäische Mahnverfahren ist gem § 252 Abs 2 1. Satz ZPO ausschließlich das **Bezirksgericht für Handelssachen Wien** (BGHS Wien) zuständig.<sup>241, 242</sup> Diese Regelung soll dem ausländischen Rechtssuchenden, der für die Einbringung des Antrags auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls nicht der Vertretung durch einen Anwalt bedarf (Art 24 EuMahnVO), die Antragstellung erleichtern;<sup>243</sup> sie ist allerdings auf die Durchführung des Mahnverfahrens einschließlich des Überprüfungsverfahrens nach Art 20 EuMahnVO (§ 252 Abs 5 1. Satz ZPO) beschränkt.

Für das nach Einspruchserhebung durchzuführende ordentliche Verfahren iSd Art 17 EuMahnVO gelten hingegen die allgemeinen Regeln über die örtliche (insbesondere §§ 65 bis 104 JN<sup>244</sup> mit den sich für Verbraucher aus § 14 Abs 1 KSchG ergebenden Modifikationen und § 4 ASGG) und sachliche (§§ 49 bis 52 und § 104a JN; § 3 ASGG) Zuständigkeit.

2.4. Das für den das Europäische Mahnverfahren einleitenden **Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls** zwingend zu verwendende Formblatt A (Art 7 Abs 1 EuMahnVO) kann

---

<sup>237</sup> *Mayr*, JBl 2008, 503 (506); *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, ZPR<sup>7</sup> Rz 1260; vgl auch *Roth/Hauser*, Das neue Europäische Mahnverfahren, *ecolex* 2007, 568 (570); *Tschütscher/Weber*, ÖJZ 2007/27, 303 (306).

<sup>238</sup> Bundesgesetz über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen (Außerstreitgesetz – AußStrG), BGBl 2003/111 idGF.

<sup>239</sup> Über Ansprüche auf gesetzlichen Unterhalt kann, unabhängig davon, ob diese nach autonomem österreichischen Recht dem streitigen oder außerstreitigen Verfahren unterliegen, nur unter der Voraussetzung, dass die Unterhaltspflicht vertraglich anerkannt wurde und (ausschließlich) rückständiger Unterhalt begehrt wird, ein Europäischer Zahlungsbefehl erlassen werden (*Weber/Fucik*, ÖJZ 2008/88, 829 [830]). Über Ansprüche auf erst künftig fällig werdenden Unterhalt darf hingegen kein Zahlungsbefehl erlassen werden (*Simotta* in *Rechberger/Simotta*, ZPR<sup>7</sup> Rz 1261; vgl auch *Weber*, Zak 2006/428, 250 [251]).

<sup>240</sup> Vgl *Kloiber*, ZfRV 2009/12, 68 (70); *Rechberger* in *König/Mayr*, EuZVR II 25 (30 f).

<sup>241</sup> Ursprünglich war in Österreich keine zentrale Zuständigkeit für das Europäische Mahnverfahren vorgesehen. Bei Anträgen, die vor dem Inkrafttreten des § 252 ZPO mit 1.7.2009 bei Gericht einlangten, bestimmten sich die örtliche Zuständigkeit, soweit diese nicht bereits, wie etwa in Art 5 Z 1 und Z 3 EuGVVO, durch die Bestimmungen der EuGVVO mitgeregelt ist, und – die weder in der EuMahnVO noch in der EuGVVO geregelte – sachliche Zuständigkeit nach den allgemein hierfür maßgebenden Bestimmungen des autonomen österreichischen Rechts. Die örtliche Zuständigkeit richtete sich daher insbesondere nach §§ 65 bis 104 JN mit den sich für Verbraucher aus § 14 Abs 1 KSchG ergebenden Modifikationen und § 4 ASGG; die sachliche Zuständigkeit folgt den §§ 49 bis 52, § 104a JN und § 3 ASGG (vgl *Mayr*, JBl 2008, 503 [508]; *Weber/Fucik*, ÖJZ 2008/88, 829 [830]; *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, ZPR<sup>7</sup> Rz 1269).

<sup>242</sup> Funktionell ist für die Durchführung des Europäischen Mahnverfahrens jedenfalls derzeit der Richter zuständig (vgl § 16 Abs 1 Z 1 lit a RpfG idF ZVN 2009); vgl ErläutRV zur ZVN 2009, 98 BlgNR 24. GP 28.

<sup>243</sup> ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 12.

<sup>244</sup> Gesetz vom 1.8.1895 über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – JN), RGBl 1895/111 idGF.



in Österreich sowohl in Papierform als auch elektronisch<sup>245</sup> über den WebERV (webbasierter Elektronischer Rechtsverkehr)<sup>246</sup> beim BGHS Wien eingebracht werden. Eine Eingabe per Fax und E-Mail ist nicht möglich. Dies gilt auch für den Einspruch und allfällige sonstige Eingaben.<sup>247</sup>

§ 252 Abs 2 2. Satz ZPO stellt klar, dass der Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls einer Klage gleichzuhalten ist. Dies gilt insbesondere für die Fragen der Gerichtsanhängigkeit und die Verjährungsunterbrechung,<sup>248</sup> die nach österreichischem Recht mit dem Einlangen des Antrags auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls bei Gericht eintreten. Die Verjährungsunterbrechung bleibt jedoch – wenn in der Sache österreichisches Recht anzuwenden ist – nur dadurch gewahrt, dass „der Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls gehörig fortgesetzt wird“ (§ 1497 ABGB<sup>249</sup>). Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn das Verfahren aufgrund einer Erklärung des Antragstellers iSd Art 7 Abs 4 EuMahnVO nach Einspruchserhebung durch den Antragsgegner beendet ist.<sup>250</sup> Weiters wird mit § 252 Abs 2 2. Satz ZPO auch klargestellt, dass zur Überleitung in ein ordentliches Zivilverfahren nach fristgerechter Einspruchserhebung keine gesonderte Klageerhebung erforderlich ist.<sup>251</sup>

2.5. Wird der Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls aufgrund eines Vorschlag des Gerichts nach Art 10 EuMahnVO geändert, weil die Voraussetzungen des Art 8 EuMahnVO für die Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls nur für einen Teil der Forderung erfüllt sind, und der Europäische Zahlungsbefehl nur für diesen Teil erlassen, so gilt gem § 252 Abs 7 ZPO der Antrag für den verbleibenden Teil der Forderung als ohne Verzicht auf den Anspruch zurückgenommen. Der Antragsteller kann daher den nicht zugesprochenen Teil der ursprünglichen Forderung mit einem weiteren Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls oder in einem anderen Verfahren geltend machen.<sup>252</sup>

2.6. Der Antragsgegner kann gegen den Europäischen Zahlungsbefehl innerhalb von 30 Tagen ab Zustellung dessen Zustellung beim BGHS Wien **Einspruch** erheben.<sup>253</sup> Die verhandlungsfreie Zeit (§ 222 ZPO) hat gem § 252 Abs 6 ZPO auf die Frist zur Erhebung des Einspruchs keinen Einfluss.

2.6.1. Nach Einlangen eines fristgerechten Einspruchs ist beim BGHS Wien folgendes Vorgehen vorgesehen: Das BGHS Wien hat dem Antragsteller den Einspruch gem § 252 Abs 3 1. Satz ZPO mit der

---

<sup>245</sup> Siehe dazu die Verordnung der Bundesministerin für Justiz über den elektronischen Rechtsverkehr (ERV 2006), BGBl II 2005/481 idGF. Zur Einbringung des Antrags im elektronischen Rechtsverkehr siehe auch *Kloiber*, ZfRV 2009/12, 72.

<sup>246</sup> Grundsätzlich steht der WebERV allen natürlichen und juristischen Personen offen. Technische Voraussetzung dafür sind eine spezielle Software und die Zwischenschaltung einer Übermittlungsstelle. Eine jeweils aktuelle Liste der Übermittlungsstellen kann unter: <http://www.edikte.justiz.gv.at/edikte/km/kmhlp05.nsf/all/erv> abgerufen werden.

<sup>247</sup> Siehe dazu auch die unter [http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/epo\\_communicationsHTML\\_de.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/epo_communicationsHTML_de.htm) veröffentlichte Mitteilung des Bundesministeriums für Justiz (BMJ) an die Kommission.

<sup>248</sup> ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 12.

<sup>249</sup> Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811, JGS 1811/946 idGF.

<sup>250</sup> Vgl *Mayr*, JBl 2008, 503 (510); siehe auch *Rechberger* in *König/Mayr*, EuZVR II 25 (38).

<sup>251</sup> ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 12; siehe auch *Rechberger* in *König/Mayr*, EuZVR II 25 (38).

<sup>252</sup> Vgl *Tschütscher/Weber*, ÖJZ 2007/27, 303 (309); *Kloiber*, ZfRV 2009/12, 68 (74).

<sup>253</sup> Der Einspruch kann ebenso wie der Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls sowohl in Papierform als auch elektronisch eingebracht werden; siehe dazu bereits oben Punkt 2.4.

Aufforderung zuzustellen, binnen einer Frist von 30 Tagen das für die Durchführung des ordentlichen Verfahrens zuständige Gericht<sup>254</sup> namhaft zu machen, sofern das Verfahren nicht gem Art 7 Abs 4 EuMahnVO zu beenden ist. Macht der Antragsteller innerhalb dieser Frist kein Gericht namhaft, so hat das BGHS Wien die Klage<sup>255</sup> zurückzuweisen (§ 252 Abs 3 letzter Satz ZPO). Dieser Beschluss ist auch dem Antragsgegner zuzustellen.<sup>256</sup>

Macht der Antragsteller hingegen fristgerecht ein Gericht namhaft, so ist die Rechtssache – ohne vorangehende Zuständigkeitsprüfung – an dieses zu überweisen. Die Prüfung der Zuständigkeit obliegt dem Gericht, an das die Rechtssache überwiesen wurde (§ 252 Abs 3 2. und 4. Satz ZPO). Die Streitanhängigkeit wird durch die Überweisung nicht aufgehoben (§ 252 Abs 3 3. Satz ZPO).

2.6.2. Nach der Überweisung der Rechtssache hat das Gericht, an das die Rechtssache überwiesen wurde, nach den §§ 257 ff ZPO vorzugehen (§ 252 Abs 4 1. Satz ZPO). Das Gericht hat daher sowohl im bezirksgerichtlichen als auch im Gerichtshofverfahren die vorbereitende Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung (§ 258 ZPO) anzuberaumen.<sup>257</sup> Zur Vorbereitung dieser Verhandlung kann das Gericht im Gerichtshofverfahren dem Antragsgegner (nunmehr: Beklagter) einen vorbereitenden Schriftsatz bzw – im bezirksgerichtlichen Verfahren unter der Voraussetzung, dass beide Parteien durch Rechtsanwälte vertreten sind – überhaupt einen Schriftsatzwechsel zwischen den Parteien auftragen (§ 257 Abs 2, § 440 Abs 3 ZPO).<sup>258</sup> Dies wird dann notwendig sein, wenn der Antragsgegner einen iSd Art 16 Abs 3 EuMahnVO zulässigen „leeren“ Einspruch erstattet hat<sup>259</sup> oder der Einspruch keine ausreichende Begründung enthält.

2.6.3. Die Einrede der sachlichen und örtlichen Unzuständigkeit, kann der Beklagte im Europäischen Mahnverfahren sowohl im bezirksgerichtlichen als auch im Gerichtshofverfahren noch in der vorbereitenden Tagsatzung vor Einlassung in die Hauptsache erheben (§ 252 Abs 4 2. Satz ZPO). Nach Einlassung des Beklagten zur Hauptsache kann die Unzuständigkeit des Gerichts nur unter den Voraussetzungen des § 240 ZPO berücksichtigt werden (§ 252 Abs 4 3. Satz ZPO), dh wenn das Gericht auch durch ausdrückliche Vereinbarung der Parteien nicht zuständig gemacht werden könnte und die Unzuständigkeit noch nicht gem § 104 Abs 3 JN geheilt ist. Ist der Beklagte durch einen Rechtsanwalt oder Notar vertreten, so heilt die unprorogable (sachliche und örtliche) Unzuständigkeit gem § 104 Abs 3 JN bereits dann, wenn dieser Vertreter mündlich zur Sache vorbringt, ohne die Einrede der Unzuständigkeit zu erheben. Ist der Beklagte – im bezirksgerichtlichen Verfahren – nicht qualifiziert

---

<sup>254</sup> Zur Zuständigkeit siehe oben Punkt 2.3.

<sup>255</sup> Der Antrag auf Erlassung des Europäischen Zahlungsbefehls ist einer Klage gleichzuhalten (§ 252 Abs 2 2. Satz ZPO).

<sup>256</sup> ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 12.

<sup>257</sup> Kritisch zu dieser Regelung, die von dem sonst im Gerichtshofverfahren bestehenden System, wonach die vorbereitende Tagsatzung durch die Klagebeantwortung (bzw im Mahnverfahren durch den Einspruch gegen den Zahlungsbefehl, der den Inhalt einer Klagebeantwortung haben muss, § 248 Abs 1 ZPO), vorzubereiten ist, abweicht: *Simotta in Rechberger/Simotta*, ZPR<sup>7</sup> Rz 1288.

<sup>258</sup> Vgl ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 12.

<sup>259</sup> Vgl *Rechberger in König/Mayr*, EuZVR II 25 (42), der dies ausgehend davon, dass Einsprüche im Europäischen Mahnverfahren im Hinblick darauf, dass sie nach Art 16 Abs 3 EuMahnVO keiner Begründung bedürfen, regelmäßig „leer“ sein werden, als den Normalfall ansieht, und daher die Sinnhaftigkeit des Entfalls der Klagebeantwortung im Gerichtshofverfahren in Frage stellt.

vertreten, so wird die unprorogable (sachliche und örtliche) Unzuständigkeit erst dadurch geheilt, dass sich der Beklagte trotz beurkundeter Belehrung durch den Richter rügelos in die Verhandlung über die Hauptsache einlässt.

2.7. Für die in Art 20 EuMahnVO nach Ablauf der Einspruchsfrist gegen den Europäischen Zahlungsbefehl angeordnete **Überprüfung in Ausnahmefällen** ist in Österreich – wie erwähnt – das für die Durchführung des Europäischen Mahnverfahrens zuständige Gericht, dh das BGHS Wien zuständig (§ 252 Abs 5 1. Satz ZPO).

Beim Überprüfungsverfahren ist zwischen den Fällen des Art 20 Abs 1 und jenen des Art 20 Abs 2 EuMahnVO zu unterscheiden:

2.7.1. Auf das Überprüfungsverfahren in den Fällen des Art 20 Abs 1 EuMahnVO sind §§ 149 und 153 ZPO über das Wiedereinsetzungsverfahren sinngemäß anzuwenden (§ 252 Abs 5 2. Satz ZPO). Dies gilt für den Fall, dass ein Zustellmangel vorliegt, der dazu geführt hat, dass der Antragsgegner von der Zustellung des Europäischen Zahlungsbefehls, die in einer der in Art 14 EuMahnVO genannten Form, dh ohne Nachweis des Empfangs durch den Antragsgegner erfolgt ist, nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt hat (Art 20 Abs 1 lit a EuMahnVO) sowie dann, wenn der Antragsgegner aufgrund höherer Gewalt oder aufgrund außergewöhnlicher Umstände ohne eigenes Verschulden keinen Einspruch gegen die Forderung einlegen konnte (Art 20 Abs 1 lit b EuMahnVO). In diesen Fällen hat die Partei, die die Überprüfung beantragt, die in Art 20 EuMahnVO genannten Umstände glaubhaft zu machen (§ 149 Abs 1 ZPO). Das Gericht hat über den Überprüfungsantrag nur dann eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, wenn es eine solche für erforderlich hält. Die Entscheidung ergeht in Form eines Beschlusses (§ 149 Abs 2 ZPO). Gibt das Gericht dem Antrag auf Überprüfung statt, so ist dieser Beschluss unanfechtbar (§ 153 ZPO).

Erklärt das Gericht den Europäischen Zahlungsbefehl aufgrund eines erfolgreichen Überprüfungsantrags nach Art 20 Abs 1 EuMahnVO für nichtig, so ist, sofern der Antragsteller dies nicht durch eine Erklärung iSd Art 7 Abs 4 EuMahnVO abgelehnt hat, das ordentliche Verfahren einzuleiten (§ 252 Abs 5 3. Satz ZPO). Liegt hingegen eine Erklärung iSd Art 7 Abs 4 EuMahnVO vor, so ist das Verfahren beendet (§ 252 Abs 5 4. Satz ZPO).

2.7.2. Auf das Überprüfungsverfahren in den Fällen des Art 20 Abs 2 EuMahnVO, dh wenn der Europäische Zahlungsbefehl gemessen an den in der EuMahnVO festgelegten Voraussetzungen oder aufgrund von anderen außergewöhnlichen Umständen offensichtlich zu Unrecht erlassen worden ist, ist zwar § 149 ZPO nicht jedoch § 153 ZPO entsprechend anzuwenden, sodass – abweichend von den Fällen des Art 20 Abs 1 EuMahnVO – auch die einem solchen Antrag stattgebende Entscheidung mit Rechtsmittel bekämpfbar ist.

Erklärt das Gericht den Europäischen Zahlungsbefehl aus den Gründen des Art 20 Abs 2 EuMahnVO für nichtig, so ist das Verfahren beendet (§ 252 Abs 5 4. Satz ZPO). Der Antragsteller kann jedoch wie bei der Zurückweisung des Antrags auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls nach Art 11

EuMahnVO die Forderung neuerlich mit einem neuen Antrag auf Erlassung eines Europäischen Zahlungsbefehls oder in einem anderen Verfahren nach dem Recht eines Mitgliedstaats geltend machen<sup>260</sup>

2.8. Ausgehend davon, dass die EuMahnVO die Rechtsbehelfe, die dem Antragsgegner nach Ablauf der Einspruchsfrist zur Bekämpfung eines Europäischen Zahlungsbefehls offen stehen, abschließend regelt, wird schließlich in § 252 Abs 5 5. und 6. Satz ZPO ausdrücklich angeordnet,<sup>261</sup> dass im Falle der Versäumung der Einspruchsfrist nach Art 16 Abs 2 EuMahnVO eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach den §§ 146 ff ZPO nicht stattfindet und eine Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmsklage nicht erhoben werden kann.

### 3. Europäisches Bagatellverfahren (§ 548 ZPO)

3.1. Zur Umsetzung der EuBagatellVO wurde in Österreich ebenfalls im Zuge der ZVN 2009 der mit „Europäisches Bagatellverfahren“ überschriebene § 548 in die ZPO eingefügt.

In § 548 Abs 1 wird zunächst – ebenso wie in § 252 Abs 1 ZPO zur EuMahnVO – ausdrücklich angeordnet, dass sich die nach Art 19 BagatellVO subsidiär heranzuziehenden Bestimmungen nach den für den jeweiligen Verfahrensgegenstand geltenden Verfahrensvorschriften richten. Dies bedeutet insbesondere, dass für Ansprüche, die nach nationalem Recht im Zivilprozess geltenden zu machen wären, subsidiär die Regelungen der ZPO gelten. Der ebenfalls subsidiären Anwendung der Bestimmungen AußStrG auf Ansprüche, die nach österreichischen Recht im Außerstreitverfahren geltend zu machen sind, dürfte hingegen aufgrund der weitgehenden Anwendungsausschlüsse der EuBagatellVO (Art 2 Abs 2), insbesondere auch des gesamten Unterhaltsrechts (Art 2 lit a EuBagatellVO), keine besondere praktische Bedeutung zukommen.<sup>262</sup>

3.2. Für das Europäische Bagatellverfahren gelten die allgemeinen zivilprozessualen Regeln über die sachliche **Zuständigkeit** (§§ 49 bis 52 JN). Schon aufgrund der Streitwertgrenze (bis 2.000 Euro) wird für das Europäische Bagatellverfahren jedoch in der weitaus überwiegenden Anzahl der Fälle das Bezirksgericht sachlich zuständig sein und daher das Verfahren auf der Basis des österreichischen bezirksgerichtlichen Verfahrens durchzuführen sein. Ist ausnahmsweise - aufgrund von Eigenzuständigkeiten - ein Gerichtshof zur Entscheidung berufen, so sind subsidiär die für das Gerichtshofverfahren geltenden Vorschriften heranzuziehen.<sup>263</sup>

3.3. Die das Europäische Bagatellverfahren einleitende **Klage** kann in Österreich sowohl in Papierform direkt beim zuständigen Gericht überreicht oder diesem auf dem Postweg übersendet werden, als auch

---

<sup>260</sup> Vgl ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 13; *Kloiber*, ZfRV 2009/12, 68 (77).

<sup>261</sup> ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 13.

<sup>262</sup> Vgl ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 18 f; *Fucik*, Das EU-Bagatellverfahren nach der ZVN 2009, ÖJZ 2009/50, 437 FN 3.

<sup>263</sup> Vgl *Mayr*, Das Europäische Bagatellverfahren in Österreich, ZVR 2009/19, 40 (41 und FN 14); *Fucik*, ÖJZ 2009/50, 437; *Jelinek*, Das Europäische Bagatellverfahren aus österreichischer Sicht, in *König/Mayr*, EuZVR II 47 (63).

elektronisch über den WebERV eingebracht werden. Eine Eingabe per Fax und E-Mail ist nicht möglich.<sup>264</sup> Dies gilt auch für die Klagebeantwortung und allfällige sonstige Eingaben. Ausdrücklich angeordnet wird auch, dass die **verhandlungsfreie Zeit** (§ 222 ZPO) auf das Verfahren nach der EuBagatellVO keinen Einfluss hat (§ 548 Abs 2 ZPO).

3.4. Langt die **Klagebeantwortung** nicht innerhalb der dem Beklagten gem Art 5 Abs 3 BagatellVO gesetzten - 30tägigen, allenfalls gem Art 14 Abs 2 EuBagatellVO verlängerten - Frist bei Gericht ein (Art 7 Abs 3 EuBagatellVO), so hat das Gericht gem § 548 Abs 4 1. Satz ZPO von Amts wegen ein **Versäumungsurteil** nach § 396 ZPO zu fällen.<sup>265</sup> Dabei ist das tatsächliche Vorbringen des Klägers für wahr zu halten, soweit es nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt wird, und auf dieser Grundlage über das Klagebegehren zu erkennen (§ 396 Abs 1 2. Satz ZPO). Dem Beklagten stehen gegen dieses Versäumungsurteil – abgesehen von der Möglichkeit einer Überprüfung gem Art 18 EuBagatellVO – auch alle Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, insbesondere der Widerspruch (§ 548 Abs 4 2. Satz iVm § 397a ZPO) zu, die gegen ein nach österreichischem Recht erlassenes Versäumungsurteil zulässig sind.<sup>266</sup>

3.5. Zur **Widerklage** finden sich in § 548 Abs 3 ZPO ergänzende Bestimmungen. Hat der Beklagte eine Widerklage erhoben, die nicht in den Anwendungsbereich der EuBagatellVO fällt, so ist wie folgt zu unterscheiden:

Fällt die Widerklage nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der EuBagatellVO, weil sie zB einen arbeitsrechtlichen Anspruch betrifft (Art 2 Abs 2 lit f EuBagatellVO), so ist dies gem Art 4 Abs 3 EuBagatellVO dem Kläger mitzuteilen und – wenn dieser die Widerklage nicht zurücknimmt – in weiterer Folge nationales Verfahrensrecht anzuwenden. Da der österreichische Gesetzgeber es nicht für sinnvoll hielt, eine solche Widerklage losgelöst von der Klage zu behandeln, hat er in § 548 Abs 3 Satz 1 ZPO die Zurückweisung einer solchen Klage vorgesehen.<sup>267</sup>

Unterliegt die Widerklage zwar dem sachlichen Anwendungsbereich der EuBagatellVO, überschreitet jedoch der Streitwert der Widerklage die Wertgrenze von 2.000 Euro und sind daher die Klage und die Widerklage gem Art 5 Abs 7 EuBagatellVO nicht mehr im Europäischen Bagatellverfahren, sondern nach nationalem Prozessrecht zu behandeln ist, so sind die Verfahren über die Klage und die Widerklage gem § 548 Abs 3 Satz 2 ZPO fortzuführen. Ein Leistungsurteil ist sodann, auch wenn es über den 2.000 Euro nicht übersteigenden Anspruch der Hauptklage ergeht, nicht sofort vollstreckbar (Art 15 EuBagVO); in einem anderen Mitgliedstaat wird es daher grundsätzlich einer Vollstreckbarerklärung nach der EuGVVO bedürfen.<sup>268</sup>

---

<sup>264</sup> Siehe dazu bereits oben bei FN 32 bis 34; vgl auch *Mayr*, ZVR 2009/19, 40 (43) und *Jelinek in König/Mayr*, EuZVR II 47 (69).

<sup>265</sup> Dazu und zum Folgenden siehe auch *Jelinek in König/Mayr*, EuZVR II 47 (80 f).

<sup>266</sup> Vgl auch ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 20; *Fucik*, ÖJZ 2009/50, 437 (438).

<sup>267</sup> Siehe dazu die ausführliche Begründung in den ErläutRV zur ZVN 2009, 89 BlgNR 24. GP 20; *Fucik*, ÖJZ 2009/50, 437 (438); *Jelinek in König/Mayr*, EuZVR II 47 (85).

<sup>268</sup> *Jelinek in König/Mayr*, EuZVR II 47 (84 f).

Langt im Fall einer Widerklage die Antwort des Klägers (des Widerbeklagten) auf die Widerklage nicht innerhalb der dem Widerbeklagten gem Art 5 Abs 6 BagatellVO gesetzten - 30tägigen, allenfalls gem Art 14 Abs 2 EuBagatellVO verlängerten - Frist bei Gericht ein, so hat das Gericht – ebenso wie im Verfahren über die Hauptklage - gem § 548 Abs 4 1. Satz ZPO von Amts wegen ein Versäumungsurteil nach § 396 ZPO zu fällen, das der Widerbeklagte insbesondere auch mit Widerspruch gem § 397a ZPO bekämpfen kann (§ 548 Abs 4 2. ZPO).

3.6. Zu den in Österreich im Europäischen Bagatellverfahren zulässigen<sup>269</sup> **Rechtsmitteln** hat der österreichische Gesetzgeber keine speziellen Ausführungsbestimmungen erlassen.<sup>270</sup>

Gegen ein im Europäischen Bagatellverfahren erlassenes erstinstanzliches Urteil ist grundsätzlich das Rechtsmittel der Berufung zulässig, gegen Beschlüsse der Rekurs. Beide Rechtsmittel unterliegen jedoch Beschränkungen. Hat das Erstgericht über einen Streitgegenstand entschieden, der – wie im Europäischen Bagatellverfahren schon aufgrund der hiefür vorgesehenen Wertgrenze – an Geld oder Geldeswert 2.700 Euro nicht übersteigt, so kann das Urteil nur wegen Nichtigkeit und/oder unrichtiger rechtlicher Beurteilung der Sache angefochten werden (§ 501 Abs 1 ZPO). Der Rekurs steht in diesem Streitwertbereich nur gegen die in § 517 ZPO genannten Beschlüsse offen. Die Überprüfung der Berufungsurteile in europäischen Bagatellsachen durch den Obersten Gerichtshof scheitert an § 502 Abs 2 ZPO; ein Revisionsrekurs ist gem § 528 Abs 2 Z 1 ZPO unzulässig.

Die Berufung muss innerhalb der Frist von vier Wochen ab Zustellung des Urteiles (§ 464 Abs 1 und 2 ZPO) bei dem Gericht, das das Urteil in erster Instanz erlassen hat, schriftlich eingebracht werden (§ 465 Abs 1 ZPO). Entsprechendes gilt für die Rekurs, mit der Abweichung, dass die Rekursfrist im Regelfall 14 Tage beträgt (§ 521 Abs 1 ZPO). Im Rechtsmittelverfahren müssen die Parteien durch Rechtsanwälte vertreten sein (§ 463 Abs 2 ZPO), es sei denn, die Partei gibt das Rechtsmittel zulässigerweise zu Protokoll (§ 465 Abs 2, § 520 Abs 1 ZPO).<sup>271</sup>

3.7. Für die in Art 18 EuBagatellVO angeordnete **Überprüfung in Ausnahmefällen**, dh dann, ein Zustellmangel vorliegt, der dazu geführt hat, dass der Antragsgegner von der Zustellung des Europäischen Zahlungsbefehls, die in einer der in Art 14 EuVTVO genannten Form, dh ohne Nachweis des Empfangs durch den Antragsgegner erfolgt ist, nicht rechtzeitig Kenntnis erlangt hat (Art 18 Abs 1 lit a EuBagatellVO) sowie dann, wenn der Antragsgegner aufgrund höherer Gewalt oder aufgrund außergewöhnlicher Umstände ohne eigenes Verschulden keinen Einspruch gegen die Forderung einlegen konnte (Art 18 Abs 1 lit a EuBagatellVO), ist in Österreich das für das Europäische Bagatellverfahren zuständige Gericht erster Instanz zuständig. Für das Überprüfungsverfahren gelten die §§ 149 und 153 ZPO über das Wiedereinsetzungsverfahren entsprechend (§ 548 Abs 5 1. Satz ZPO). Die Partei, die die

---

<sup>269</sup> Siehe dazu und zum Folgenden auch die Mitteilung Österreichs an die Kommission:

[http://ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/sc\\_courtsAppeal\\_de.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/sc_courtsAppeal_de.htm)

<sup>270</sup> Zu den Rechtbehelfen und Rechtsmitteln im Europäischen Bagatellverfahren siehe auch *Jelinek in König/Mayr*, EuZVR II 47 (77).

<sup>271</sup> *Jelinek in König/Mayr*, EuZVR II 47 (64), vgl auch *Mayr*, ZVR 2009/19, 40 (41 FN 17) mwN.

Überprüfung beantragt, hat daher die in Art 18 EuBagatellVO genannten Umstände glaubhaft zu machen (§ 149 Abs 1 ZPO). Das Gericht hat über den Überprüfungsantrag nur dann eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, wenn es eine solche für erforderlich hält. Die Entscheidung ergeht in Form eines Beschlusses (§ 149 Abs 2 ZPO), der soweit er dem Antrag stattgibt, unanfechtbar ist (§ 153 ZPO). Erklärt das Gericht das Urteil für nichtig, so tritt der Rechtsstreit in die Lage zurück, in der er sich vor dem zur Nichtigklärung führenden Verfahrensschritt befunden hat (§ 548 Abs 5 2. Satz ZPO).

#### 4. Europäische Vollstreckungstitel nach der EuVTVO

4.1. **Titel über unbestrittene Forderungen**<sup>272</sup>, die nach der EuVTVO als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt werden können, sind in Österreich Entscheidungen, (gerichtliche) Vergleiche (§§ 204 ff, 433 ZPO, § 30 AußStrG) und öffentliche Urkunden (insbesondere die gem § 3 NO<sup>273</sup> vollstreckbaren Notariatsakte).

Als **Entscheidungen** kommen insbesondere Urteile und Beschlüsse über Forderungen, die zu keiner Zeit bestritten wurden (Art 3 Abs 1 lit b EuVTVO) und über Forderungen, die zwar anfänglich bestritten waren, jedoch letztlich unbestritten geblieben sind (Art 3 Abs 1 lit c EuVTVO) in Betracht. Bei den Titeln über Forderungen, die zu keiner Zeit bestritten wurden (Art 3 Abs 1 lit b EuVTVO) haben in Österreich insbesondere die im österreichischen Mahnverfahren (§§ 244 bis 251 und § 448 ZPO) erlassenen Zahlungsbefehle gegen den kein Einspruch erhoben wurde, quantitativ gesehen eine große praktische Bedeutung. Ebenso fallen in diese Kategorie die Zahlungsaufträge im Wechsel- und Scheckmandatsverfahren (§§ 555 bis 558 ZPO), gegen die der Schuldner keine Einwendungen erhoben hat. Eine weitere bedeutsame Gruppe von Entscheidungen über unbestrittene Forderungen bilden die klagsstattgebenden Versäumungsurteile. Die Voraussetzung, dass der Schuldner der Forderung iSd Art 3 Abs 1 lit b EuVTVO zu keiner Zeit widersprochen hat, erfüllen dabei im Verfahren vor den Gerichtshöfen Versäumungsurteile, die wegen Nichterstattung der Klagebeantwortung auf Antrag des Klägers erlassen werden (§ 396 Abs 1 ZPO) und im Verfahren vor den Bezirksgerichten Versäumungsurteile, die dann erlassen werden, wenn der Beklagte, der sich noch nicht schriftlich durch Einspruch, Einwendungen oder Widerspruch geäußert hat, von der ersten (vorbereitenden) Tagsatzung ausbleibt (vgl § 442 ZPO). Den Voraussetzungen des Art 3 Abs 1 lit c EuVTVO entsprechen

---

<sup>272</sup> Unter „Forderung“ ist eine Forderung auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme zu verstehen, die fällig ist oder deren Fälligkeitsdatum in der Entscheidung, dem gerichtlichen Vergleich oder der öffentlichen Urkunde angegeben ist (Art 4 Z 2 EuVTVO).

Eine unbestrittene Forderung iSd EuVTVO (Art 3 Abs 1) liegt vor, wenn der Schuldner der Forderung in einem gerichtlichen Verfahren ausdrücklich durch Anerkenntnis oder durch einen von einem Gericht gebilligten oder vor einem Gericht im Laufe eines Verfahrens geschlossenen Vergleich zugestimmt hat (lit a), der Schuldner die Forderung ausdrücklich in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat (lit d), der Schuldner der Forderung im gerichtlichen Verfahren zu keiner Zeit nach den maßgeblichen Verfahrensvorschriften des Rechts des Ursprungsmitgliedstaats widersprochen hat (lit b) oder der Schuldner nach anfänglicher Bestreitung der Forderung zu einer Gerichtsverhandlung über die Forderung nicht erschienen oder dabei nicht vertreten worden ist und dieses Verhalten nach dem Recht des Ursprungsmitgliedstaats als stillschweigendes Zugeständnis der Forderung oder des vom Gläubiger behaupteten Sachverhalts zu werten ist (lit c). „Unbestrittenheit“ iSd EuVTVO ist ferner dann gegeben, wenn eine Entscheidung nach Anfechtung von als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigten Entscheidungen, gerichtlichen Vergleichen oder öffentlichen Urkunden ergangen ist (Art 3 Abs 2 EuVTVO).

<sup>273</sup> Notariatsordnung, RGBI 1871/75 idGF.

insbesondere Versäumungsurteile, die bei Versäumung einer (vorbereitenden) Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung durch den Beklagten erlassen werden, nachdem dieser rechtzeitig Klagebeantwortung erstattet, Einspruch gegen den Zahlungsbefehl, Einwendungen gegen den (Wechsel)Zahlungsauftrag oder Widerspruch gegen ein widerspruchsfähiges Versäumungsurteil erhoben hat.

4.2. Zur EuVTVO wurden – wie erwähnt – im Zuge der EO-Nov 2005 „Anpassungsregelungen“ zum Bestätigungsverfahren und zur Vollstreckung aufgrund eines EuVT in Österreich erlassen.

4.2.1. Die zentrale, das **Bestätigungsverfahren** betreffende Bestimmung findet sich in dem mit dieser Novelle neu in die EO<sup>274</sup> eingefügten, mit „Europäischer Vollstreckungstitel“ überschriebenen § 7a EO, der durch § 16 Abs Z 7 RpfVG<sup>275</sup> und § 3b NO<sup>276</sup> ergänzt wird.

Da der österreichische Gesetzgeber davon ausging, dass „die Bestätigung über das Vorliegen eines Europäischen Vollstreckungstitels funktional der Vollstreckbarkeitsbestätigung des österreichischen Exekutionsrechts entspricht“<sup>277, 278</sup> knüpfen diese Bestimmungen weitgehend an die einschlägigen Regelungen für die Vollstreckbarkeitsbestätigung nach autonomem Recht (vgl § 7 Abs 3 bis 6 EO) an; diese ist (soweit keine Ausnahmen bestehen<sup>279</sup>) unerlässliche Voraussetzung der Exekutionsbewilligung.

4.2.2. Die **Zuständigkeit** für die Erteilung, Berichtigung und Widerruf (§ 7a EO spricht von „Aufhebung“) der Bestätigung als EuVT ist im Wesentlichen bei jenem Gericht bzw jener Stelle konzentriert, das bzw die in erster Instanz im Titelverfahren zuständig war bzw den Exekutionstitel erlassen oder beurkundet hat.

4.2.3. Das **Verfahren** zur Erteilung, Berichtigung und Widerruf der Bestätigung als EuVT richtet sich nach den für das jeweilige Titelverfahren maßgeblichen Verfahrensvorschriften (zB ZPO, AußStrG).<sup>280</sup> Dies gilt insbesondere für den Instanzenzug, für eine allfällige Anwaltpflicht und auch für den Kostenersatz. Auf die Bestätigung als EuVT zu einem vollstreckbaren Notariatsakt sind die Bestimmungen der NO ergänzend anzuwenden.<sup>281</sup>

---

<sup>274</sup> Gesetz vom 27.5.1896 über das Exekutions- und Sicherungsverfahren (Exekutionsordnung – EO), RGBI 1896/79 idgF.

<sup>275</sup> Bundesgesetz vom 12.12.1985 betreffend die Besorgung gerichtlicher Geschäfte durch Rechtspfleger (Rechtspflegergesetz – RpfVG), BGBl 1985/560 idgF. § 16 Abs 1 Z 7 RpfVG grenzt die Zuständigkeit für die Erteilung, die Berichtigung und den Widerruf der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel zwischen Richter und Rechtspfleger ab.

<sup>276</sup> § 3b NO stellt ergänzend zu § 7a Abs 3 EO klar, dass die Erteilung der für die Vollstreckung im Ausland erforderlichen Bestätigungen über die Vollstreckbarkeit oder den Inhalt eines exekutionsfähigen Notariatsakts sowie deren Berichtigung dem Notar obliegt, der den Notariatsakt aufgenommen hat. Für die Aufhebung der von einem Notar erteilten Bestätigung sind hingegen gem § 7a Abs 3 2. Satz EO die Gerichte zuständig.

<sup>277</sup> ErläutRV zur EO-Nov 2005, 928 BlgNR 22. GP 2 und 4.

<sup>278</sup> Zur Kritik an dieser Gleichstellung siehe insbesondere *Oberhammer*, Der Europäische Vollstreckungstitel: Rechtspolitische Ziele und Methoden, JBl 2006, 477 (489 ff) und *König*, Der Europäische Vollstreckungstitel: Haben wir gehörig vorgesorgt?, in *König/Mayr* (Hrsg), Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich – Bilanz nach 10 Jahren (2007) 113 (117, 119 f, 124).

<sup>279</sup> Nicht erforderlich ist eine Bestätigung der Vollstreckbarkeit bei Beschlüssen, mit denen die Exekutionskosten bestimmt werden, bei gerichtlichen Vergleichen und bei vollstreckbaren Notariatsakten (§ 54 Abs 2 EO).

<sup>280</sup> Vgl *Höllwerth* in *Burgstaller/Neumayr* (Hrsg), Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Lfg (März 2006), Art 6 EuVTVO Rz 26, Art 9 EuVTVO Rz 12 und Art 10 EuVTVO Rz 14; *ders* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung, 10. Lfg (April 2006), § 7a Rz 11 und Rz 25; *Jakusch* in *Angst* (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung<sup>2</sup> (2008) § 7a Rz 4; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Komm V/1<sup>2</sup> Art 6 EuVTVO Rz 1.

<sup>281</sup> ErläutRV zur EO-Nov 2005, 928 BlgNR 22. GP 13.



4.2.4. Eine Sonderregelung wurde für die Aufhebung (den Widerruf) der von einem Notar erteilten Bestätigung getroffen; hierfür sind die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 7a Abs 3 2. Satz EO).

4.2.5. Für die Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel ist seit dem Budgetbegleitgesetz 2009 BGBl I 2009/52 eine **Gerichtsgebühr** in der Höhe von 12 Euro zu entrichten.

## 5. Vollstreckung in Österreich

5.1. Der Europäische Vollstreckungstitel nach EuVTVO und die im Europäischen Mahn- und Bagatellverfahren ergangenen Entscheidungen werden in Österreich unter den gleichen Bedingungen vollstreckt wie nationale Titel (Art 20 Abs 1 EuVTVO, Art 21 Abs 1 EuMahnVO, Art 21 Abs 1 EuBagatellVO). Einer Vollstreckbarerklärung nach den §§ 79 ff EO bedarf es nicht. Dies wurde bereits mit dem im Zusammenhang mit der EuVTVO durch die EO-Nov 2005 neu eingefügten § 2 Abs 2 EO klargestellt, wonach den in § 1 EO genannten Akten und Urkunden, also den inländischen Exekutionstiteln, auch solche Akte und Urkunden gleichstehen, die zwar außerhalb des Geltungsbereichs der EO errichtet wurden, aber aufgrund einer völkerrechtlichen Vereinbarung oder eines Rechtsakts der Europäischen Union ohne gesonderte Vollstreckbarerklärung zu vollstrecken sind. § 2 Abs 2 EO erfasst abgesehen von den nach der EuVTVO als Europäische Vollstreckungstitel bestätigten Titeln auch die im Europäischen Mahnverfahren nach der EuMahnVO erlassenen Europäischen Zahlungsbefehle und die im europäischen Verfahren für geringfügige Forderungen nach der EuBagatellVO erlassenen Urteile.<sup>282</sup>

5.2. Für das **Vollstreckungsverfahren** aufgrund eines Europäischen Vollstreckungstitels, eines Europäischen Zahlungsbefehls oder eines im Verfahren nach der EuBagatellVO ergangenen Urteils gilt, soweit die Verordnungen nichts anderes vorsehen, das Recht des Vollstreckungsmitgliedstaats (Art 20 Abs 1 EuVTVO, Art 21 Abs 1 EuMahnVO, Art 21 Abs 1 EuBagatellVO).

5.3. In Österreich bedarf die Zwangsvollstreckung nach der EO – ebenso wie bei reinen Inlandstiteln – stets eines **Exekutionsantrags** und einer gerichtlichen **Exekutionsbewilligung** (§§ 3 ff EO).

5.3.1. Für die Bewilligung der Exekution ist ebenso wie für den Exekutionsvollzug das Exekutionsgericht **zuständig** (§ 4 EO). Sachlich zuständig sind die Bezirksgerichte (§ 17 Abs 1 EO); die örtliche Zuständigkeit (§ 18 f EO) hängt im Allgemeinen von dem in Anspruch genommenen Vermögensgegenstand ab.

5.3.2. Mit dem **Exekutionsantrag** (§ 54 EO) hat der Antragsteller dem Exekutionsgericht grundsätzlich<sup>283</sup> die in Art 20 Abs 2 EuVTVO<sup>284</sup>, Art 21 Abs 2 EuMahnVO<sup>285</sup> bzw Art 21 Abs 2

---

<sup>282</sup> Vgl *Mayr*, JBl 2008, 503 (514); *Kloiber*, ZfRV 2009/12, 68 (77); *Rechberger in König/Mayr*, EuZVR II 25 (44).

<sup>283</sup> Zum vereinfachten Bewilligungsverfahren siehe weiter im Text.

<sup>284</sup> Das sind eine Ausfertigung der Entscheidung (lit a) bzw sonstigen Vollstreckungstitels und eine Ausfertigung der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel (lit b), die jeweils die für ihre Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllen, sowie gegebenenfalls eine Transkription oder eine Übersetzung der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel in die Amtssprache des Vollstreckungsmitgliedstaats (lit c).

<sup>285</sup> Das sind eine Ausfertigung des für vollstreckbar erklärten Europäischen Zahlungsbefehls, die die für seine Beweiskraft erforderlichen Voraussetzungen erfüllt (lit a) und gegebenenfalls eine Übersetzung des Europäischen Zahlungsbefehls in die Amtssprache des Vollstreckungsmitgliedstaats (lit b).

EuBagatellVO<sup>286</sup> genannten Urkunden zu übermitteln. Seit der Neufassung des § 54b Abs 1 Z 4 EO durch die EO-Nov 2005 steht jedoch auch für die gem § 2 Abs 2 EO idF EO-Nov 2005 den inländischen gleichgestellten Titel das vereinfachte Bewilligungsverfahren offen.<sup>287</sup> Wenn die Voraussetzungen für das vereinfachte Bewilligungsverfahren (§ 54b 1 EO)<sup>288</sup> vorliegen, insbesondere die hereinzubringende Geldforderung an Kapital 50.000 Euro nicht übersteigt und die Exekution nur auf das bewegliche Vermögen beantragt wird, so muss mit dem Exekutionsantrag weder der Exekutionstitel noch die entsprechende (Vollstreckbarkeits) bestätigung vorgelegt werden (§ 54b Abs 2 Z 2 EO).<sup>289</sup> Im Exekutionsantrag ist jedoch das Datum der Ausstellung der Bestätigung als Europäischer Vollstreckungstitel nach der EuVTVO, der Vollstreckbarerklärung des Europäischen Zahlungsbefehls gem Art 18 EuMahnVO bzw der (Vollstreckbarkeits)bestätigung zu einem im Europäischen Bagatellverfahren ergangenen Urteil gem Art 20 Abs 2 EuBagatellVO anzuführen.<sup>290</sup> Sind die Voraussetzungen für das vereinfachte Bewilligungsverfahren gegeben, so hat der Antragsteller die entsprechenden Urkunden nur dann über entsprechende Aufforderung des Gerichts vorzulegen, wenn auf Grund der Angaben im Exekutionsantrag oder gerichtsbekannter Tatsachen Bedenken bestehen, ob ein die Exekution deckender Exekutionstitel samt Bestätigung der Vollstreckbarkeit besteht (§ 54b Abs 2 Z 3 EO), oder der Verpflichtete rechtzeitig gegen die Exekutionsbewilligung Einspruch (§ 54 c EO) erhoben hat (§ 54d Abs 1 EO).

5.4. Auf die **Verweigerung bzw Ablehnung der Vollstreckung** nach Art 21 EuVTVO, Art 22 EuMahnVO und EuBagatellVO sowie auf die **Aussetzung bzw Beschränkung der Vollstreckung** nach Art 23 EuVTVO, Art 23 EuMahnVO und Art 23 EuBagatellVO sind in Österreich mangels spezifischer Anpassungsregelungen die Vorschriften über die Einstellung (§§ 39 ff EO) bzw Aufschiebung (§§ 42 ff EO) der Exekution ergänzend anzuwenden. Zuständig für die Entscheidung ist grundsätzlich das Exekutionsgericht.<sup>291</sup>

---

<sup>286</sup> Das sind eine Ausfertigung des Urteils, die die Voraussetzungen für den Nachweis seiner Echtheit erfüllt (lit a) und eine Ausfertigung der Vollstreckbarkeitsbestätigung iSd Art 20 Abs 2 EuBagatellVO, sowie, falls erforderlich, eine Übersetzung von dieser Vollstreckbarkeitsbestätigung in die Amtssprache des Vollstreckungsmitgliedstaats (lit b).

<sup>287</sup> Vgl zum Europäischen Zahlungsbefehl *Kloiber*, ZfRV 2009/12, 68 (78).

<sup>288</sup> Im vereinfachten Verfahren ist zu entscheiden, wenn der betreibende Gläubiger Exekution wegen Geldforderungen, nicht jedoch auf das unbewegliche Vermögen, ein Superädifikat oder ein Bauwerk beantragt, die hereinzubringende Forderung an Kapital 50.000 Euro nicht übersteigt, die Vorlage anderer Urkunden als des Exekutionstitels nicht vorgeschrieben ist, sich der betreibende Gläubiger auf einen inländischen, einen diesem gleichgestellten (§ 2 EO) oder einen rechtskräftig für vollstreckbar erklärten ausländischen Exekutionstitel stützt und der betreibende Gläubiger nicht bescheinigt hat, dass ein vorhandenes Exekutionsobjekt durch Zustellung der Exekutionsbewilligung vor Vornahme der Pfändung der Exekution entzogen würde.

<sup>289</sup> Vgl *Jakusch* in *Angst*, EO<sup>2</sup> § 54b Rz 14.

<sup>290</sup> Vgl jeweils mwN *Kloiber* in *Burgstaller/Deixler-Hübner*, EO, 10. Lfg (April 2006), § 54b Rz 21; *Jakusch* in *Angst*, EO<sup>2</sup> § 54b Rz 13a.

<sup>291</sup> Vgl zur EuVTVO *Höllwerth* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR, 6. Lfg (März 2006), Art 21 EuVTVO Rz 9 und Art 23 EuVTVO Rz 10 und *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Komm V/1<sup>2</sup> Art 21 EuVTVO Rz 2 und Art 23 EuVTVO Rz 5; zur EuMahnVO *Kloiber*, ZfRV 2009/12, 68 (78f).

## Literaturverzeichnis

- A. *Burgstaller/A. Deixler-Hübner* (Hrsg), Kommentar zur Exekutionsordnung, Loseblatt, Verlag LexisNexis ARD Orac, Wien 2009.
- A. *Burgstaller/ M. Neumayr* (Hrsg), Internationales Zivilverfahrensrecht, Loseblatt, 1. bis 11. Lieferung, Verlag LexisNexis ARD Orac, Wien 2010.
- H. W. *Fasching/A. Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen, 2. Auflage, 3. Band (2004), 5. Band, 1. Halbband (2008), Verlag Manz, Wien.
- R. *Fucik*, Das EU-Bagatellverfahren nach der ZVN 2009, ÖJZ 2009/50, 437 - 440.
- B. *Kloiber*, Das Europäische Mahnverfahren – Die VO (EG) 1896/2006 zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ZfRV 2009/12, 68 – 79.
- B. *König/P. G. Mayr* (Hrsg), Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich – Bilanz nach 10 Jahren, Verlag Manz, Wien 2007.
- B. *König/ P. G. Mayr* (Hrsg), Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich II, Verlag Manz, Wien 2009.
- P. G. *Mayr*, Das europäische Mahnverfahren und Österreich, JBl 2008, 503 - 517.
- P. G. *Mayr*, Das Europäische Bagatellverfahren in Österreich, ZVR 2009/19, 40 – 45.
- P. *Oberhammer*, Der Europäische Vollstreckungstitel: Rechtspolitische Ziele und Methoden, JBl 2006, 477 – 503.
- W. H. *Rechberger/D.-A. Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts – Erkenntnisverfahren, 7. Auflage, Verlag Manz, Wien 2009.
- M. *Roth/A. Hauser*, Das neue Europäische Mahnverfahren, ecolex 2007, 568 - 572.
- B. *Tschütscher/M. Weber*, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ÖJZ 2007/27, 303 – 315.
- M. *Weber*, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, Zak 2006/428, 250 – 252.
- M. *Weber/R. Fucik*, Das österreichische und das Europäische Mahnverfahren – Die wesentlichen Unterschiede, ÖJZ 2008/88, 829 – 833.

# EINSATZ DER VIDEOKONFERENZTECHNOLOGIE BEI GRENZÜBERSCHREITENDEN GERICHTSVERFAHREN

**Robert Fucik**

## 1. Grundlagen

1 Die Bestimmung über unmittelbare Beweisaufnahme des erkennenden Gerichts im Ausland ist das **innovative Herzstück** der EuBVO (nach *Schlosser*, EU-ZPR<sup>3</sup> Art 17 Rz 1 der „qualitativ stärkste Durchbruch der VO“, nach *Stadler*, Geimer-FS 1297 ein „entscheidender Durchbruch“, nach *von Hein* in *Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 1 eine „herausragende Innovationsleistung“). Bei einer Beweisaufnahme gem Art 17 kann das erkennende Gericht die Beweisaufnahme grundsätzlich nach seinem eigenen Recht, in seiner eigenen Amtssprache und ohne Beteiligung eines Gerichts des Staates, in dem die Beweisaufnahme stattfindet, durchführen. Die Unmittelbarkeit und die Einheit der Rechtsordnung für das Verfahren der Beweisaufnahme und für die Beweiswürdigung (*Heß/Müller*, ZZPInt 159) werden damit gewahrt. Allerdings sind – im Gegensatz zur klassischen Rechtshilfe durch das ersuchte Gericht – Beweisaufnahmen **nur auf freiwilliger Basis** möglich. Die zu vernehmenden Personen müssen vom freiwilligen Charakter ihrer Aussage ausdrücklich in Kenntnis gesetzt werden. Das Gericht (sein Beauftragter) kann im Ausland auch **keinerlei Zwangsmaßnahmen** setzen (*Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 2) und nicht einmal durch die Organe des Gerichts des Beweisaufnahmeortes setzen lassen. Weiters setzt jede unmittelbare Beweisaufnahme im Ausland (selbst die bloße Begutachtung durch einen Sachverständigen [*Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 3]) ein Ersuchen an die Zentralstelle bzw andere namhaft gemachte zuständige Behörde (Art 3 Abs 3; Näheres bei Rz 5) voraus. Diese hat innerhalb von 30 Tagen zu antworten und kann Bedingungen für die Beweisaufnahme festlegen (Abs 4), insb die Teilnahme eines inländischen Gerichts an der Beweisaufnahme des ausländischen. Das bestimmte inländische Gericht hat freilich nur eine Überwachungsfunktion, keine Ermittlungsaufgaben (*Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 3). Damit verbleibt dem ersuchten Staat eine gewisse Lenkungsmöglichkeit, hat doch die Verordnung „nicht gewagt“, sich mit einer bloßen Anzeigepflicht zu begnügen (*Stadler*, Geimer-FS 1298). Die Vorgangsweise regelt Abs 4, die zulässigen Ablehnungsgründe zählt Abs 5 auf. Das ersuchende Gericht hat bei der Vorgangsweise selbstverständlich auch die **eigene Prozessordnung einzuhalten** (für Österr also insb die §§ 291a ff ZPO). Ob die innerstaatlichen Vorschriften des ersuchenden Gerichts eingehalten worden sind, hat indes (e contrario Abs 4 u 5) weder die Zentralstelle des ersuchten Staates, noch ein von dieser allenfalls bestimmtes inländisches Gericht zu überprüfen (*Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 6).

2 Eine Evaluation der praktischen Anwendung des Art 17 (für Anfang 2007 vorgesehen – Art 23 EuBVO) kam – mit leichter Verspätung – zum Ergebnis, dass es keinen Änderungsbedarf in Bezug auf die VO gibt.

## 2. Das Genehmigungsersuchen

3 Das **Ersuchen** des erkennenden Gerichts an die Zentralstelle bzw sonst namhaft gemachte Behörde des Beweisaufnahmestaats hat zwingend **mit Formblatt I** zu geschehen (Art 17 Abs 1 EuBVO; *von Hein in Rauscher*, EZPR/EuIPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 3). Soweit Abs 1 in der dt Sprachfassung von „beauftragt“ spricht, liegt eine Fehlübersetzung vor. Den Textfassungen anderer Amtssprachen entspräche das Wort „beantragt“. Die Stelle prüft die Voraussetzungen des Art 17 und hat innerhalb von 30 Tagen nach Eingang des Ersuchens zu entscheiden, ob und allenfalls unter welchen Bedingungen die betreffende Handlung durchgeführt werden kann. Auch für diese Mitteilung ist zwingend die Verwendung eines Formblatts (**Formblatt J**) vorgeschrieben. Eine **Empfangsbestätigung** (wie Formblatt B) ist für Verfahren nach Art 17 **nicht vorgesehen** (*von Hein in Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 5). Auch eine Pflicht zur Überweisung von Ersuchen, die an eine unzuständige Stelle gerichtet waren, an die zuständige Stelle ergibt sich nicht aus dem Text, sondern aus dem allgemeinen Kooperationsgedanken (vgl *von Hein in Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 3)

4 Nicht ausdrücklich geregelt ist der Fall, dass innerhalb von 30 Tagen **keine Antwort** erfolgt. Allgemein geht die Lehre (*Neumayr/Kodek in Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 9 mwN) davon aus, dass dieses Schweigen **nicht** als **schlüssige Genehmigung** gewertet werden darf, sondern die ausdrückliche Antwort abgewartet werden muss. Großzügiger *Schlosser*, EU-ZPR<sup>3</sup> Art 17 Rz 4 für den Fall, dass zwar eine Empfangsbestätigung nach Art 7, aber keine Genehmigung innerhalb der 30 Tage eingegangen ist. Dann könne davon ausgegangen werden, dass keine Bedenken bestehen.

5 Als **Zuständige Behörde** iSd Art 3 Abs 3 iVm Art 17 wurden folgende Stellen bestimmt (s die Webseite der Kommission: [www.ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/te\\_competent](http://www.ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/te_competent)):

**Österreich** hat das BMJ (Team Z der Sektion I) als Zentralstelle auch iSd Art 3 Abs 3 iVm Art 17 namhaft gemacht.

### 3. Entscheidung der Zentralstelle

#### 3.1. Ablehnung des Ersuchens

6 Trotz der Verwendung des Wortes „kann“ in Abs 5 besteht **kein Ermessen** der zuständigen Behörde iSd Art 3 Abs 3. Liegen Verweigerungsgründe vor, so muss das Ersuchen abgelehnt werden (*Neumayr/Kodek in Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 11; *von Hein in Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 3). Als Ablehnungsgründe kommen in Frage

- Herausfallen aus dem Anwendungsbereich der EuBVO,
- Fehlen der erforderlichen Angaben
- Verstoß gegen den innerstaatlichen ordre public.

##### 3.1.1. Herausfallen aus dem Anwendungsbereich

7 Fällt das Ersuchen nicht – anders als in der EuZVO kommt es nicht auf die „Offenkundigkeit“ an (*Neumayr/Kodek in Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 12; *von Hein in Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 4) – in den Anwendungsbereich der EuBVO, so liegt ein Ablehnungsgrund vor. Es muss sich also insb um das **Ersuchen eines Gerichts in einer Zivil- oder Handelssache** handeln (Näheres bei Art 1 Rz 4). Hier ließe sich allerdings (der in Rz 6 genannte Grundsatz) bezweifeln, dass die Ablehnung zwingend sein muss, kann doch ein Staat auch über den Anwendungsbereich der EuBVO hinaus auf seine Souveränität verzichten. Zu denken wäre insb an Sozialrechtssachen. Zwar wird das Leistungsstreitverfahren allgemein nicht als Zivilsache iSd EuBVO angesehen, weil es im öffentlichen Sozial(versicherungs)recht wurzelt. Sollte in beiden Mitgliedstaaten ein Gericht zuständig sein, könnte man es dem Wortlaut und dem Geist der EuBVO nach durchaus der Zentralstelle überlassen, ob sie die Beweisaufnahme zulassen will.

##### 3.1.2. Fehlen erforderlicher Angaben

8 Enthält das Ersuchen nicht alle nach Art 4 erforderlichen Angaben, so liegt ebenfalls ein Ablehnungsgrund vor. Nur im Verkehr zwischen den Gerichten (Art 8, 14 Abs 2 lit c EuBVO) ist eine Verbesserungspflicht ausdrücklich vorgesehen. Unter Kooperationsgesichtspunkten wäre auch hier sinnvoll, dem ersuchenden Gericht **Gelegenheit** zu geben, das Ersuchen binnen 30 Tagen **zu vervollständigen** (*Neumayr/Kodek in Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 13; *von Hein in Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 5). Jedenfalls aber sollten alle fehlenden Angaben bezeichnet werden, damit das ersuchende Gericht verlässlich ein neues, vollständiges Ersuchen einbringen kann.

9 Dem Wortlaut nach kommt nur wegen Unvollständigkeit (Abs 4) eine Ablehnung in Frage. Die in Art 5 EuBVO (Sprachenregime) und Art 6 EuBVO (Unleserlichkeit) genannten Fälle werden nicht umfasst. Die Lehre schlägt daher in Analogie zu Art 7 Abs 1 EuBVO vor, dass das ersuchende Gericht auf die Verwendung einer falschen Sprache oder die Unlesbarkeit **hingewiesen** werden müsste. Folgerichtig läuft dann die 30-Tage-Frist erst ab Einlangen des Ersuchens in sprachlich korrekter, lesbarer Form (*Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 13; *von Hein* in *Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 5).

### 3.1.3. Ordre-public-Verstoß

10 Zwar bestimmt sich das Verfahren grundsätzlich nach dem Recht des ersuchenden Staates, soll aber auf dem Hoheitsgebiet des ersuchten Staates stattfinden. Deshalb sieht Art 17 Abs 5 EuBVO als weiteren Ablehnungsgrund vor, dass die beantragte (hier nicht mit „beauftragte“ übersetzt) unmittelbare Beweisaufnahme **wesentlichen Rechtsgrundsätzen** des ersuchten Mitgliedstaats **zuwiderläuft**.

11 Allzu praktisch wird die Klausel nicht werden (*Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 16; *von Hein* in *Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 11; *Leipold*, Schlechtriem-FS 99). Sie ist **ultima ratio** und ihr Sicherungszweck kann iaR durch andere Maßnahmen erreicht werden: Schon die Freiwilligkeit und das Fehlen jeder Zwangsgewalt (samt Belehrungspflicht darüber) entschärft das Problem deutlich. Allenfalls könnten Drittinteressen berührt werden, deren Gefährdung durch die Einwilligung der Beweisperson nicht immunisiert werden kann (zB Aussageverweigerungsrechte wegen eines Berufsgeheimnisses). Hier könnte eine tiefere Prüfung angezeigt sein (*Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 15; *von Hein* in *Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 8). Zum weiteren lässt sich wohl fast immer durch Festlegung entsprechender Bedingungen für die Beweisaufnahme eine für die Rechtsordnung des Beweisaufnahmestaats unerträgliche prozessuale Situation vermeiden, ohne dass das Ersuchen ganz abgelehnt werden müsste. Somit bleiben **wenige denkbare Fälle**, in denen der ordre public bemüht werden könnte.

*Stadler* (Geimer-FS 1299) zählt zu solchen Fällen das Verbot einer DNA-Analyse im innerstaatlichen Abstammungsverfahren, ein besonderes Bankgeheimnis („zum Schutz der Bankkunden oder aus übergeordneten Gründen der Attraktivität des Finanzplatzes“) oder eine nicht disponible Schweigepflicht (zB Ärztegeheimnis im französischen Rechtsraum). Weitere Beispiele (*von Hein* in *Rauscher*, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 8 FN 12 mwN): Interessen der Landesverteidigung, Totenruhe, Lügendetektor.

### 3.2. Bedingungen der Zentralstelle

12 Bedingungen dienen der Sicherstellung der wesentlichen Rechtsgrundsätze des ersuchten Staates. Als **Beispiele** (*Neumayr/Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR Art 17 Rz 17 mwN*) werden genannt:

- das Recht auf Beistand eines berufsmäßigen Parteienvertreters (vgl. *von Berger, IPRax 2001, 526; von Hein in Rauscher, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 10; Klauser/Kodek, ZPO<sup>16</sup> Art 17 Anm 12*);
- das Recht auf Beiziehung eines Dolmetschers (analog Art 18 EuBVO auf Kosten des erkennenden Gerichts), wenn der zu vernehmende der Amtssprache des vernehmenden Gerichts nicht ausreichend mächtig ist (vgl. *Berger, IPRax 2001, 526; von Hein in Rauscher, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 10; Klauser/Kodek, ZPO<sup>16</sup> Art 17 Anm 12*);
- die Durchführung der Vernehmung in der Sprache des ersuchten Mitgliedstaates, damit der überwachende Richter ihr folgen kann (hoch problematisch!);
- die Verpflichtung des erkennenden Gerichts, nicht nur die zu vernehmenden Person, sondern auch den Inhaber einer Urkunde oder eines Augenscheinsgegenstandes auf die Freiwilligkeit der Mitwirkung hinzuweisen (vgl. *Berger, IPRax 2001, 526; von Hein in Rauscher, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 10; Klauser/Kodek, ZPO<sup>16</sup> Art 17 Anm 12*);
- die Verpflichtung, einem Zeugen Auslagen zu ersetzen (vgl. *Berger, IPRax 2001, 526; von Hein in Rauscher, EZPR/EuIPR<sup>3</sup> II Art 17 Rz 10; Klauser/Kodek, ZPO<sup>16</sup> Art 17 Anm 12*);
- die Sicherstellung der Erstattung der Kosten einer Videokonferenz.

Wird die **Teilnahme** eines inländischen Richters zur Überwachung angeordnet, so geschieht dies grundsätzlich auf Kosten des ersuchten Staates. Kann dieser Richter der Verhandlung mangels Sprachkenntnis nicht folgen, so hat das Gericht des ersuchten Staates einen Dolmetscher beizuziehen und aus Amtsgeldern zu honorieren. Gebührenerstattung durch den ersuchenden Staat kommt hier nicht in Frage (*Neumayr/Kodek in Burgstaller/Neumayr, IZVR Art 17 Rz 18; Einführungserl BMJ P 5.2.2*).

13 Sache des ersuchenden Staates bleibt es, die gesetzten **Bedingungen** zu erfüllen oder von einer unmittelbaren Beweisaufnahme **Abstand** zu nehmen. Im Sinne gemeinschaftsrechtlicher Kooperation sollte freilich von der Auferlegung von Bedingungen nicht allzu intensiv, sondern sparsam, also „mit Vorsicht und Verantwortung“ Gebrauch gemacht werden.

### 4. Durchführung der Beweisaufnahme durch das ersuchende Gericht

14 Art 17 Abs 3 EuBVO verweist auf das innerstaatliche Recht des erkennenden Gerichts. Dieses bestimmt den tatsächlich ermittelnden Gerichtsangehörigen oder eine andere Person, etwa einen Sachverständigen. In Frage kommt ein beauftragter oder ersuchter Richter oder ein Sachverständiger,



doch schließt dies selbstverständlich auch nicht aus, dass der gesamte Senat die unmittelbare Beweisaufnahme durchführt (*Schlosser*, EU-ZPR<sup>3</sup>, Art 17 Rz 3). Fraglich ist, ob die bloße Befundaufnahme durch einen Sachverständigen (ohne Befragung einer Person, zB die Besichtigung des Unfallorts oder des Baus) unter die EuBVO fällt oder als Beweismittelimport gelten (und deshalb von einer Genehmigung iSd Art 17 EuBVO enthoben sein) kann (dafür zB *Nagel/Gottwald*, IZPR<sup>5</sup> 406; *Leipold*, Schlechtriem-FS 103; *Stadler*, Geimer-FS 1305 f, wobei die zuletzt Genannte freilich eine klarere Bestimmung vorzöge). Beweisaufnahmen durch einen Konsul sind nicht von der EuBVO gedeckt, nach hA aber dadurch auch nicht ausgeschlossen (*Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 22; *Jastrow*, IPRax 2004, 12 mwN).

**15** Jedenfalls darf die Beweisaufnahme nur **auf freiwilliger Grundlage** erfolgen (Art 17 Abs 2 EuBVO). Das ersuchende Gericht (bzw sein Beauftragter) dürfen im Ausland keine Zwangsmaßnahmen setzen. Einer Person, die vernommen werden soll, muss das Gericht **mitteilen**, dass die Vernehmung auf freiwilliger Grundlage erfolgt. Ist absehbar, dass die Beweisperson nicht kooperativ sein wird, bleibt nur der Weg des Rechtshilfeersuchens (*Stadler*, Geimer-FS 1301). Eine falsche Aussage könnte dennoch **strafbar** sein (vgl *Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, IZVR Art 17 Rz 23: Der Tatbestand des § 288 StGB ist erfüllt; die inländische Gerichtsbarkeit ergibt sich aus § 64 Abs 1 Z 3 StGB, ist doch das Verfahren, in dem falsch ausgesagt wird, bei einem österr Gericht anhängig).

**16** Gem Art 17 Abs 6 EuBVO wendet das ersuchende Gericht seine **eigene Rechtsordnung** an, insb nimmt es die Amtshandlung in seiner Amtssprache vor. Abweichungen können sich aus den nach Art 17 Abs 4 EuBVO von der Zentralstelle des ersuchten Staates festgelegten Bedingungen ergeben. Im Übrigen ist auf die **§§ 291a ff ZPO** zu verweisen, die die unmittelbare Beweisaufnahme im Ausland durch den österr Richter näher regeln.

## **5. Unterstützung des ersuchenden Gerichts**

**17** Art 17 EuBVO formuliert über Abs 4 hinaus keine Unterstützungspflicht, schließt sie aber auch nicht aus. So besteht etwa nach der VO kein Anspruch auf Bereitstellung von Räumen oder Hilfsmitteln durch das Land des Beweisaufnahmeortes, doch ist eine solche **Hilfestellung** auch nicht untersagt. *Schlosser*, EU-ZPR<sup>3</sup>, Art 17 Rz 5 rät den Mitgliedstaaten so zu verfahren, um „das äußere Gepräge einer gerichtlichen Vernehmung zu betonen“. Das österr Recht sieht in **§ 39a Abs 4 JN** gewisse Unterstützungspflichten vor: Das nach § 37 Abs 2 JN zuständige Gericht hat auf Ersuchen des ausländischen Gerichtes bei der Durchführung der Beweisaufnahme **tatsächliche Unterstützung** zu gewähren. Dazu zählt es zB, einen Dolmetschers zu vermitteln oder einen Verhandlungssaal zur

Verfügung zu stellen (Einführungserl BMJ P 5.2.2). Die Unterstützungspflicht umfasst aber nach dem Erl **weder Rechtshandlungen** (zB zwangsweise Vorführung eines Zeugen) **noch** die Übernahme von **Auslagen** (zB Gebühren des Dolmetschers). In der Anwendung von Zwang läge nicht mehr eine Unterstützung der passiven Rechtshilfe, sondern bereits eine aktive Rechtshilfe (*Rechberger/McGuire*, ZZPInt 10, 105). Für sie wäre ein Rechtshilfeersuchen unter aktiver Beteiligung des erkennenden Gerichts zu wählen. Der Vorschlag von *Stadler*, Geimer-FS 1301, einen „sinnvollen Mittelweg“ durch „Zwangsmittelhilfeersuchen“ zu beschreiten, hat so gar keinen Anhaltspunkt im Text der VO.

## 6. Einsatz von Kommunikationstechnologie

**18** Art 17 Abs 4 EuBVO letzter Satz macht es der Zentralstelle iSd Art 3 Abs 3 EuBVO zur Pflicht, den Einsatz von Kommunikationstechnologie „wie Video- und Telefonkonferenzen“ zu fördern. Solche Maßnahmen subsumiert die EuBVO also nicht unter „Beweismittelimport“, sondern unter unmittelbare Beweisaufnahme iSd Art 17 EuBVO. Die nähere Ausgestaltung dieser „Förderung“ bleibt innerstaatlichem Recht vorbehalten. Propagierung im Rahmen des EJNZ ist wünschenswert. Österreich hat in der ZVN 2004 die **Grundlage für Video- und Telefonkonferenzen** geschaffen. Sie ist nunmehr (seit der ZVN 2009, BGBl I 2009/30) in den §§ 277 ZPO und 35 AußStrG zu finden.

**Lit:** *Schmidt*, Videokonferenztechnologie statt Rechtshilfe, RZ 2006, 265; *Schmidt*, Vernehmungen mit Videokonferenztechnik, in: Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer (Hrsg), Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2009, 167.

**19** Die **Videokonferenztechnologie** erlaubt eine Kontaktaufnahme mehrerer Personen, die nicht körperlich gemeinsam anwesend sein müssen. Gegenüber einer Konferenzschaltung in der Telefonie liefert die Videokonferenz auch noch visuelle Eindrücke und kommt damit der physischen Unmittelbarkeit schon recht nahe.

**20** Im Strafverfahren ist die Videovernehmung in Österreich schon gut etabliert, va als sog „schonende Vernehmung“ von Zeugen in Abwesenheit der Parteien und ihrer Vertreter (§ 162a StPO, va im Sexualstrafbereich wichtig), aber auch in anderen Situationen (§ 179a StPO: Fern-Haftverhör, § 247a StPO: transportunfähiger oder ausländischer Zeuge). Die ZVN 2004 (BGBl I 2004/128) sieht die gleiche Technik **für Zivilverfahren** vor. Da sie sich nicht auf Verfahren nach der ZPO selbst beschränkt, hatte sie der Gesetzgeber vorerst in § 91a GOG platziert, aber bereits mit der ZVN 2009, BGBl I 2009/30 leichter auffindbar in § 277 ZPO und § 35 AußStrG aufgenommen.

**21 Technik:** Bestimmte Verhandlungssäle wurden mit Videokonferenzenanlagen ausgestattet. Einem Hauptmonitor stehen zwei schwenkbare Monitore zur Seite. Die Videokamera wird mit Fernbedienung gesteuert und erlaubt sowohl Übersichts- als auch (via Zoom) Detailaufnahmen. Die Anwahl der Teilnehmer geschieht über ein am Bildschirm angezeigtes Telefonbuch.

**22 Reserviert** werden die Säle über ein im **Intranet der Justiz** integriertes Programm, abrufbar unter „IT/Videokonferenzenanlagen“. Näheres regeln die Erl BMJ-Pr 6205/0002-Pr4/2005 und 0001-Pr/2006 (im Intranet unter „Fachinfo/Erlässe/Allgemein“ abrufbar [siehe Anhang]). Die Organisation am Beweisaufnahmeort obliegt einer Kontaktperson (Liste laut Anlage zum Erlass), die faktische Manipulation einer Betreuungsperson.

**23 Vorbereitet** wird die Verhandlung mit folgenden Schritten: Der Saal wird gebucht, die Beteiligten via e-mail verständigt. Die Kontaktperson beim Gericht des Beweisaufnahmeortes sorgt für die Anwesenheit einer Betreuungsperson. Der zu Vernehmende wird geladen.

**24 Durchgeführt** wird die Verhandlung iW wie eine herkömmliche: Nach Aufruf der Sache werden die üblichen Formalien durchgeführt. Über Anordnung des erkennenden Gerichts stellt die dortige Betreuungsperson die Verbindung her. Die Betreuungsperson am Beweisaufnahmeort wird begrüßt und es wird angeordnet, wie weiter mit dem zu Vernehmenden zu verfahren ist. Die Vernehmung des Zeugen (bzw des Sachverständigen oder der Partei) geschieht wie unter Anwesenden. Dabei kann das erkennende Gericht auch die Kameraeinstellung (durch die Betreuungsperson) ändern lassen, zB zoomen, Urkunden vor die Kamera halten (sowie per Fax übermitteln) oder „sich selbst Format füllend ins Bild setzen ...“, um eigenen Fragen oder Anordnungen mehr Nachdruck zu verleihen“ (*Schmidt*, RZ 2006, 267). Ein Wechsel der Kameraeinstellung empfiehlt sich auch während der Ausübung des Fragerechts durch Parteien(vertreter). In faktischer Ausübung der Sitzungspolizei und manuellen Tätigkeiten fungiert die auswärtige Betreuungsperson als „verlängerter Arm“ des erkennenden Gerichts, zB bei der Identitätsfeststellung, einem Urkundenvorhalt, dem Ausstellen einer Anwesenheitsbestätigung und allenfalls einer Gebührenausszahlung).

**25** Erste praktische Erfahrungen sind durchwegs positiv (*Schmidt*, RZ 2006, 267).

**26** Auf der Webseite der Europäischen Kommission ([www.ec.europa.eu/justice\\_home/judicialatlascivil/html/te](http://www.ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/te)) ist im Verzeichnis der zuständigen Gerichte auch ausgewiesen, ob das Gericht mit Videokonferenztechnologie ausgestattet ist.

## Literatur

*Fucik* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen V/1 (2009); *von Hein* in *Rauscher*, EZPR/EuIPR/EuIPR<sup>3</sup> II (2010); *Jastrow*, Europäische Zustellung und Beweisaufnahme 2004 – Neuregelungen im deutschen Recht und konsularische Beweisaufnahme, IPRax 2004, 11; *Leipold*, Neue Wege im Recht der internationalen Beweiserhebung – einige Bemerkungen zur Europäischen Beweisaufnahmeverordnung, Schlechtriem-FS (2003) 91; *Neumayr/Kodek* in *Burgstaller/Neumayr*, Internationales Zivilverfahrensrecht (Loseblatt); *Rauscher*, europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht<sup>3</sup> (2010); *Rechberger/McGuire*, Die Umsetzung der EuBewVO im österreichischen Zivilprozessrecht, ZZPInt 10 (2005) 81; *Schlosser*, EU-Zivilprozessrecht<sup>3</sup> (2009); *Stadler*, Grenzüberschreitende Beweisaufnahmen in der Europäischen Union – die Zukunft der Rechtshilfe in Beweissachen, Geimer-FS (2002) 1281.

# THE REVISION OF BRUSSELS I REGULATION AND THE ABOLITION OF EXEQUATUR

Miha Žebre \*

## 1. Introduction

The Brussels I Regulation is, according to Prof. Dr. Hess<sup>292</sup>, one of the most successful pieces of Union legislation. Indeed, the fact that the rules contained in Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (hereinafter referred to as »Brussels I Regulation« or »Regulation«) have, in one act<sup>293</sup> or another, survived almost 42 years without major conceptual revision, is impressive. However, it is interesting to note that at each stage of the Regulation's evolution, the underlying rationale for the Regulation itself has varied. Initially, the impetus of the Brussels Convention, namely the stimulation of cross-border trading within the EEC, served as a platform for the Regulation. Subsequently, the principle of mutual trust and recognition applied to judicial decisions *became* the »*Leitmotiv*« behind the adoption of the Regulation itself. Finally, the Treaty's<sup>294</sup> main tenet, that is, the proper functioning of the internal market, and the ever-increasing interest in the growing impact of the economic analysis of law took centre stage in the ongoing process of revision of the Regulation.

## 2. Rationale behind the upcoming revision

The proper functioning of the internal market and its economic derivatives such as »increasing the volume of cross-border transactions« or »cutting procedural expenses in terms of costs and time<sup>295</sup>« are practical reasons to revise the Regulation and render it more user-friendly. Systemic reasons also exist. Many of the similar Union's normative acts - the so called »parallel instruments«<sup>296</sup>, directly refer to the Brussels I Regulation as it provides a residual set of rules (»fall back provisions«) which complement these parallel instruments. The basic principles of the Regulation also operate as »terms of reference«, given that, for instance, the differentiation between definitions of »contract« and »tort, delict or quasi-delict« also applies to parallel instruments. Accordingly, the provisions of the Regulation must be construed in a way that allows for the general application of the basic definitions in all fields of European

---

\* LLM Heidelberg. Member of the Legal Service of the European Commission. Author's views do not necessarily reflect the position of the European Commission.

<sup>292</sup> Hess/Pfeiffer/Schlösser: Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States (Study JLS/C4/2005/03 also referred to as the »Heidelberg Report«), para. 1.

<sup>293</sup> Convention of 27 September 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (hereinafter referred to as »Brussels Convention«) as the predecessor of the present Regulation.

<sup>294</sup> Treaty on the Functioning of the European Union.

<sup>295</sup> According to the Heidelberg Report, the duration of exequatur procedures within the »single judicial area« varies between one hour and seven months! (para. 130 et seq.)

<sup>296</sup> Hess/Pfeiffer/Schlösser, para. 65. In that same paragraph, Hess sets out examples such as Art 25 of Regulation (EC) No. 1346/2000 or Article 6 of the Regulation (EC) No. 1896/2006 that both resort to Brussels I Regulation.

procedural law.<sup>297</sup> Another reason is the adaptation to the extensive case-law of the Court of Justice of the European Union that has so far rendered close to 100 decisions solely dealing with the interpretation of the Brussels I Regulation.<sup>298</sup>

Due to the broad scope of the Brussels I Regulation, this paper will only focus on the question of exequatur.

### **3. Free movement of judgments**

#### **3.1. Recognition**

The heavy presence and reference to the principle of mutual trust in both the recitals of Regulations governing European procedural law and the operative reasoning of Court judgments, coupled with Article 33 of the Regulation, suggest that the mutual recognition of judgments occurs naturally or automatically. The wording of Article 33 of the Regulation, however, is less clear. That Article merely states that recognition of foreign judgments is established »*without any special procedure being required*« which reveals the absence of a uniform procedure at Union level. In reality, when a national competent authority deals with a request for recognition of a foreign judgment, it will *prima facie* check if the judgment satisfies one of the uniform grounds for refusal<sup>299</sup>.

#### **3.2. Enforcement**

Problems do not generally arise in the recognition stage, but rather during enforcement, since most foreign judgments are intended to give full remedial effect almost immediately. Currently, in order to achieve this, a declaration of enforcement is required<sup>300</sup>. In accordance with Article 41 of the Regulation, a foreign judgment will be declared enforceable immediately and automatically on completion of certain formalities (namely, the provision of an authentic copy of the judgment and a standard form certificate). At first instance, it is not possible to object by invoking the grounds for refusal of enforcement. It is only on appeal against the declaration itself that the application of Articles 34 and 35 is activated.<sup>301</sup> Those Articles establish barriers to the recognition of foreign judgments.

---

<sup>297</sup> *Idem*, para. 66.

<sup>298</sup> The number increases dramatically when taking into account Court decisions relating to the Brussels Convention, by virtue of Article 2 of the Luxembourg Protocol regarding the interpretation of the European Convention of 27 September 1968 on jurisdiction and enforcement of judgments in civil and commercial matters through the Court of Justice of 3 June 1971, BGBl. 1972 II, at 846. Current version printed in Jayme/Hausmann, *Internationales Privat- und Verfahrensrecht*, 15th ed., Munich, 2010.

<sup>299</sup> Article 34 of the Regulation.

<sup>300</sup> Article 38 of the Regulation.

<sup>301</sup> See P. Beaumont, E. Johnston: »Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?« (IPRax, 2010, tome 2, p. 105).

### 3.2.1. Grounds for refusal of enforcement, in particular the public policy

The Regulation aims to arrive at a proportionate balance between the two counteracting interests: 1. the interests of the successful party of judgment to have his judgment enforced without delay and superfluous costs; and 2. the protection of fundamental rights of defence. In search of this balance, the Regulation provides for four grounds for refusal of enforcement. This paper will concentrate solely on the public policy defence (Fr. *ordre public*), the most important of the four. It is also the most controversial, as reliance on it represents a popular sport, undermining mutual trust under the pretension that one domestic law is fundamentally different to another, perhaps even better. The Court of Justice of the European Union has addressed this issue, resolving it for the most part by restricting the notion of public policy as a ground for refusal to those safeguards established in Article 6 of the ECHR, at least in the area of fundamental rights. The following two landmark cases are of note:

#### 3.2.1.(a) Krombach

In this first case<sup>302</sup>, a German doctor, Dr Krombach, was convicted *in absentia* of the manslaughter of his stepdaughter by a French court. The step-daughter, Kalinka Bamberski, was visiting her mother at Krombach's place in Germany at the time. He was convicted and sentenced to 15 years imprisonment and found liable for damages<sup>303</sup> to be paid to the deceased's father. However, since Germany does not permit trials *in absentia* where the accused is charged with serious crimes, by applying the public policy rule, the verdict granted in France was not enforceable in Germany.

#### 3.2.1.(b) Gambazzi

The second landmark case is Gambazzi<sup>304</sup>, where the defendant was penalized for contempt of court in the UK and was barred from further participation in the proceedings. The court in Italy, where the judgment was supposed to be enforced, has since asked the Court of Justice whether such an action contradicts public policy in the State where the recognition of the judgment was sought. The Court ruled that a foreign judgment cannot be recognised if the initial proceedings failed to comply with the Article 6 of the ECHR.

The issue surrounding the application of fundamental rights was thereby solved. However the other component of the notion of »ordre public«, namely a breach of »fundamental principles of substantive law« still requires sound justification. For instance, mere differences between national legal systems are not enough to invoke the public policy defence. In order to successfully invoke the public policy defence,

<sup>302</sup> Case C-7/98 Krombach v. Bamberski [2000] ECR I-1395.

<sup>303</sup> These fell under the scope of the Regulation on the basis of its Article 5(4).

<sup>304</sup> Case C-394/07 Marco Gambazzi v. Daimler Chrysler Canada Inc. [2009] ECR I-2563.

substantive aspects of the foreign judgment in question must be so incompatible with the domestic law of the State of enforcement that a fundamental principle of substantive law would be manifestly infringed<sup>305</sup>.

It is widely agreed that the protection of the domestic legal system against any incursion of legal influence from foreign countries has ceased to be the objective of the exequatur procedure.<sup>306</sup> Moreover, the concept of *ordre public* has become an increasingly uniform and universal judicial concept.

According to the Heidelberg Report, there is very limited existing case-law in which the substantive component of public policy defence was successfully invoked.<sup>307</sup> This is due to the fact that in civil and commercial matters, there are no fundamental differences between the legal systems of the Member States which could trigger a substantive public policy defence.<sup>308</sup> Although such a generalisation is quite bold, it points to a means of realising the goals of the Tampere resolution, especially the one regarding the abolition of »intermediate proceedings« such as exequatur.

#### 4. Abolition of exequatur

When deciding whether to abolish exequatur, one cannot neglect the sometimes sad reality that in some cases, usually rare, proceedings can result in the violation of fundamental rights. In these cases, complete abolition of exequatur would result in prioritising efficiency over the right to a fair trial<sup>309</sup>. But the fear of abolishing exequatur is unwarranted, given the existing solutions in related Union legislation. The European Enforcement Order Regulation<sup>310</sup> abolished exequatur by requiring that courts of origin attach a certificate of compliance with minimum procedural rules to the judgment. The only remaining element of the exequatur is the refusal of enforcement where the judgment is inconsistent with an earlier judgment concerning the same parties and the same cause of action, but even this one is only decided at the stage of actual enforcement. Another practical example is the Regulation concerning maintenance obligations<sup>311</sup> that *de facto* abolishes exequatur, but allows for an *a posteriori* review in the country of origin coupled with a limited review in the country of enforcement at the actual enforcement stage<sup>312</sup>.

Therefore, the abolition of exequatur certainly does not mean the complete abolition of grounds for refusal if sufficient safeguards are maintained. Taking into account the existing instruments, especially

<sup>305</sup> For instance: The German BGH ruled, that a foreign judgement awarding damages for personal injury against persons who are exempted from liability on the basis of Article 105/1 German Social Code, Book 7 is incompatible with the German *ordre public* (BGH 123, 268).

<sup>306</sup> See P. F. Schlosser: »The Abolition of Exequatur Proceedings – Including Public Policy Review?« (IPRax, 2010, tome 2, p. 104).

<sup>307</sup> Supra Nr. 1, para 559.

<sup>308</sup> Ibid.

<sup>309</sup> See G. Cuniberti: »The Recognition of Foreign Judgements lacking Reasons in Europe: Access to Justice, foreign court avoidance and efficiency« (International and Comparative law Quarterly 2008, tome 57, p. 25, para. 50).

<sup>310</sup> Regulation (EC) No 805/2004 of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims (OJ L 143, 30.4.2004, p.15).

<sup>311</sup> Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations (OJ L 143, 1.10.2009, p. 1).

<sup>312</sup> Supra 10, p. 108.



the »maintenance« Regulation, exequatur could be abolished by introducing coordinated review procedures in the Member State of origin and in the Member State of Enforcement, both of them only at the actual enforcement stage. Both reviews should be subject to the existing procedural standards for refusal of enforcement. The public policy defence, however, should be replaced with a new extraordinary remedy, also only at the actual enforcement stage, in the event of a violation of the right to a fair trial<sup>313</sup>.

## 5. Conclusion

Metaphorically speaking, the question of abolition of exequatur is just a storm in a tea-cup. Not only because adequate safeguards will remain but also because of the fact that the existence of exequatur is hardly relevant in those Member States where grounds for refusal can be reiterated at the actual enforcement stage, according to national procedural laws on actual enforcement (e.g. *Vollstreckungsverfahren*, *voie d'exécution*). Moreover, until the creation of singular European procedural codes, grounds available under national law for refusing or suspending enforcement of a judgment will continue to apply in addition to the grounds listed in the existing or new Regulation.

---

<sup>313</sup> See P. Oberhammer: »The Abolition of Exequatur« (IPRax, 2010, tome 3, p. 203).

## **PRAVOSODNO SODELOVANJE V CIVILNIH ZADEVAH V EVROPSKI UNIJI: DOSEŽKI IN IZZIVI - JUDICIAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS IN THE EU: ACHIEVEMENTS AND CHALLENGES**

**Ivan Bizjak, Fernando Paulino Pereira<sup>314</sup>**

### **Povzetek**

*Prispevek predstavlja razvoj pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah v Evropski uniji v zadnjih desetih letih in na tej osnovi temeljne usmeritve za prihodnje obdobje. V prvem delu podaja pregled usmeritev, ki so jih načrtali petletni programi vzpostavljanja in krepitev območja svobode, varnosti in pravice in v tem okviru posebej evropskega pravosodnega območja. Glavno vodilo pri tem je zagotavljanje sodnega varstva pravic kjerkoli v Evropski uniji, vse bolj pa tudi poenostavljanje življenja državljanov in zagotavljanje podpore gospodarskim aktivnostim.*

*Drugi del vsebuje pregled sprejete zakonodaje na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah s predstavitvijo ključnih rešitev glede sodne pristojnosti, prava, ki se uporablja, priznavanja in izvrševanja odločb in procesnih določb.*

*Zaključek je namenjen povzetku izzivov za prihodnost na temelju sprejetih usmeritev, dosedanjega razvoja in spremenjenega pravnega okvira.*

### **Summary**

*The article gives an overview of the development of judicial cooperation in civil matters in the European Union during the last decade and the main guidelines for near future based on the experiences so far. First part presents the directions laid out by multi annual programmes for establishing and fostering of the Area of Freedom, Security and Justice and in this framework in particular of the European Judicial Area. The main objective has always been to assure enforcement of people's rights throughout the Union but also making people's life easier and supporting economic activity.*

*The second part contains an overview of the adopted legislation in the field of judicial cooperation in civil matters and presentation of the main dispositions as regards jurisdiction, applicable law, recognition and execution of decisions and procedural provisions.*

*Last part sums up the challenges in the future as they result from the adopted guidelines, development so far and modified legal framework.*

---

<sup>314</sup> Mag. Ivan Bizjak je generalni direktor za pravosodje in notranje zadeve v Generalnem sekretariatu Sveta EU. Fernando Paulino Pereira je odgovoren za pravosodno sodelovanje v civilnih in gospodarskih zadevah v Generalnem sekretariatu Sveta EU. Pogledi, podani v prispevku, so stališča avtorjev in jih nikakor ne gre razumeti kot stališča Sveta EU.

## 1. Uvod

Vzpostavljanje pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah se je začelo sicer že v šestdesetih letih prejšnjega stoletja z oblikovanjem Bruseljske konvencije iz leta 1968. Sledila je leta 1980 Rimska konvencija o pravu, ki se uporablja glede pogodbenih obveznosti. Pristop k obema je bil omejen le na države članice Evropske skupnosti, vendar nista temeljili na Pogodbi o Evropski skupnosti. Ideja o evropskem pravosodnem območju je bila tedaj še zelo oddaljena. Vse do konca prejšnjega stoletja je bil zato okvir Haaške konference tisti, ki je omogočal pravosodno sodelovanje. V osemdesetih letih sta bili sicer v okviru političnega sodelovanja med članicami sklenjeni še dve konvenciji - o poenostavljenem postopku za uveljavljanje prežिवninskih dajatev in o odpravi overitve dokumentov v državah članicah, vendar jih je dejansko ratificiralo le nekaj članic.

Maastrichtska pogodba (1. november 1993) je tako pomenila dejanski začetek izgradnje učinkovitega sodelovanja. Vendar je predvidevala, da Svet sprejme instrumente, ki morajo biti nato ratificirani s strani držav članic. Noben od instrumentov, dogovorjen v tem okviru, nikoli ni stopil v veljavo. Je pa opravljeno delo omogočilo razcvet po uveljavitvi Amsterdamske pogodbe (1. maj 1999).

S prenosom področja iz pogodbe o Uniji v pogodbo o Skupnosti se je pravosodno sodelovanje v civilnih zadevah v splošnem začelo razvijati na način, podoben razvoju na drugih področjih evropske konstrukcije. Z izjemo družinske zakonodaje je ostalo sprejemal Svet s kvalificirano večino v soodločanju z Evropskim parlamentom. Odtlej do danes, v obdobju dobrih deset let torej, je bila sprejeta vrsta instrumentov, začenši s pretvorbo poprejšnjih konvencij v uredbe, sprejete na novi podlagi.

Dostop do sodnega varstva je eden od pomembnih vidikov na področju pravosodja. Direktiva o izboljšanju dostopa do pravnega varstva v čezmejnih sporih je omogočila izboljšanje pravne pomoči in zagotovila strankam možnost sodnega uveljavljanja pravic, tudi če jim njihov finančni položaj tega ne dopušča.

## 2. Dosedanji razvoj - od Tampereja do Stockholma

Evropski Svet je od leta 1999 vsakih pet let sprejel operativni program za razvoj območja svobode varnosti in pravice (OSVP). Prvi tak večletni program je bil sprejet v obliki zaključkov Evropskega sveta v Tampereju (TP) 15. oktobra 1999, le nekaj mesecev po uveljavitvi Amsterdamske pogodbe. Sledila sta Haaški program (HP; november 2004) in Stockholmski program (SP; december 2009). Poglejmo, kakšne cilje postavljajo ti programi na področju civilnega prava in dostopa do sodišča.

## 2.1 Tampere

Temeljni namen TP<sup>315</sup> je bil v polnosti izkoristiti možnosti, ki jih je uvedla Amsterdamska pogodba za Območje svobode, varnosti in pravice. Program je po splošni oceni odločilno prispeval k razvoju in "vzpostavitvi pristnega sistema zasebnega evropskega prava med državami članicami Evropske Unije" (Charles Elsen v: Civil Law, 2005: 7).

"V pristnem evropskem pravosodnem prostoru posameznikom in poslovnim subjektom uveljavljanje njihovih pravic ne sme biti onemogočeno ali oteženo zaradi neskladnosti ali zapletenosti pravnih in upravnih sistemov". To je ena temeljnih usmeritev iz TP, ki v ta namen izvedbo informacijskih kampanj, objavo ustreznih "priročnikov za uporabo - *user guides*" in vzpostavitev sprotne osveževanega informacijskega sistema.

Svet naj sprejme minimalne standarde, ki bodo zagotavljali ustrezno raven pravne pomoči v čezmejnih zadevah in skupna postopkovna pravila za poenostavljene in pospešene čezmejne sodne postopke glede potrošniških ali gospodarskih zahtevkov manjše vrednosti kot tudi preživitinskih in nespodbijanih terjatev. Ti standardi naj bi bili oblikovani kot nabor večjezičnih obrazcev in dokumentov, ki bi bili v vseh postopkih v Uniji sprejeti kot veljavni dokumenti. TP kliče tudi po vzpostavitvi alternativnih zunaj sodnih postopkov.

Posebni pomen TP je v potrditvi načela vzajemnega priznavanja sodnih odločb kot temeljnega kamna pravosodnega sodelovanja tako v civilnih kot v kazenskih zadevah. Načelo naj velja tako za sodbe kot za ostale odločbe sodnih oblasti. Seveda pa v isti sapi kot vzajemno priznavanje navaja tudi približevanje zakonodaje kot drugi pogoj za olajšanje sodelovanja in sodno varstvo posameznikovih pravic.

Izrecno postavljena zahteva po nadaljnjem omejevanju prehodnih formalnosti za priznavanje in izvršitev odločb meri v prvi fazi na potrošniške ali gospodarske zahtevke manjše vrednosti in nekatere sodbe v družinskih zadevah.

## 2.2 Haški program

HP<sup>316</sup> postavlja za glavni cilj politik na področju civilnega prava, da meje med državami v Evropi ne bi več predstavljale ovire za urejanje civilnopravnih zadev in za izvrševanje odločb. V okviru nadaljnjega uveljavljanja programa vzajemnega priznavanja, ki naj bo končan do leta 2011, zahteva intenzivno delo

---

<sup>315</sup> SN 200/1/99: Tampere European Council 15 and 16 October 1999.

<sup>316</sup> Haški program: krepitev svobode, varnosti in pravice v Evropski uniji (UL 2005/C 53/01, str. 1).

zlasti glede nepogodbenih in pogodbenih obveznosti (Rim II in Rim I), evropskega plačilnega naloga, alternativnega reševanja sporov in terjatev male vrednosti.

Učinkovitost obstoječih instrumentov je treba izboljšati s standardiziranjem postopkov in dokumentov in razvojem minimalnih standardov zlasti glede vročanja, začetka postopka, izvrševanjem sodb in preglednostjo stroškov.

Za področje družinskega in dednega prava program načrtuje pripravo osnutka instrumenta o preživninah že v letu 2005, ter zelenih knjig glede dedovanja in družinskih premoženjskih razmerij ter glede razveze. Ustrezni instrumenti naj bi bili sprejeti do leta 2011. Pri tem pa izrecno poudarja, da naj zadevajo vprašanja zasebnega mednarodnega prava in ne temeljijo na poenotenju konceptov "družine", "zakonske zveze" in podobnih.

HP torej identificira konkretna področja, ki jih je potrebno prednostno urediti. Seveda so izrecno navedena le tista, glede katerih je bilo mogoče doseči soglasje držav članic. Ker pa način urejanja s programom ni določen, se ob obravnavanju posameznega predloga lahko pojavijo številne težave, ki temeljijo zlasti v razlikah v pravni ureditvi.

### **2.3 Stockholmski program**

Ta pred kratkim sprejeti program vsebuje pregled izzivov in nalog za prihodnjih pet let. Temelji na analizi doseženega in zlasti poudarja pomen evaluacije uporabe sprejetih instrumentov kot podlage za nadaljnje delo. Hkrati posebej na področju civilnega prava poudarja potrebo po uskladitvi in poenostavitvi zakonodaje.

SP<sup>317</sup> navaja številne cilje na področju civilnega prava z vidika okrepljenega uveljavljanja vzajemnega priznavanja, krepite vzajemnega zaupanja, koristi za državljane v evropskem pravosodnem območju kot tudi glede mednarodne prisotnosti EU na pravnem področju.

Glede vzajemnega priznavanja SP predvideva:

- nadaljnje odpravljanje vseh vmesnih ukrepov (eksekvatur) dopolnjeno z vrsto zaščitnih ukrepov, ki so lahko ukrepi postopkovnega prava ali ukrepi za usklajevanje kolizijskih pravil.

---

<sup>317</sup> Stockholmski program – odprta in varna Evropa, ki služi državljanom in jih varuje (UL 2010/C 115, str. 1).

- razširitev vzajemnega priznavanja na področja, na katerih se to načelo še ne uporablja, so pa bistvena za vsakdanje življenje (na primer dedno pravo ter premoženjskopravne posledice prenehanja zakonske zveze ali zunajzakonske skupnosti),
- nadaljnje usklajevanje kolizijskih pravil na ravni Unije na področjih, na katerih je to potrebno, npr. ločitev in razveza, pa tudi glede prava družb, zavarovalnih pogodb in podobno.

Program poudarja potrebo po konsolidaciji razmeroma številnih obstoječih instrumentov na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah in zagotovitve skladnosti instrumentov in njihove prijaznosti do uporabnika.

Posebno pozornost namenja tudi listinam o osebem stanju in zahteva predloge, ki bi državljanom omogočili enostavno pridobitev teh listin, dolgoročno pa vsaj na nekaterih področjih tudi vzajemno priznavanje njihovih učinkov.

Evropski pravosodni prostor mora državljanom omogočiti tudi uveljavljanje pravic kjer koli v Uniji, zaradi česar je treba znatno izboljšati splošno ozaveščenost o pravicah in olajšati dostop do pravnega varstva. Koristi za državljane naj prinese lažji dostop do sodišča kot tudi podpora gospodarskim aktivnostim. Glede prvega program poudarja pomen e-pravosodja tako v pogledu dostopa do vseh potrebnih informacij kot tudi elektronskega komuniciranja s sodišči. S tem v zvezi bo potrebno preseči ovire od legalizacije dokumentov do finančnih posledic, ki so seveda znatne.

V podporo gospodarskim aktivnostim program predlaga pripravo ukrepov, ki bi omogočila izvršbo zahtevkov s preprečitvijo izginjanja sredstev. Hkrati pa predvideva tudi druge potrebne ukrepe za učinkovitejše izvrševanje sodb na ravni Unije glede bančnih računov in drugega premoženja dolžnika.

Evropski svet v SP ponovno potrjuje, da bi moral biti skupni referenčni okvir za evropsko pogodbeno pravo neobvezen sklop temeljnih načel, opredelitev in vzorčnih pravil, ki naj ga uporabljajo zakonodajalci na ravni Unije, da se zagotovi usklajena in kakovostna priprava zakonodaje. Komisija naj pripravi predlog o skupnem referenčnem okviru.

Gornji pregled planiranja odraža nekatere stalnice hkrati pa povečevanje ambicij in širjenje območja urejanja. Zavaljo znatnega števila sprejetih predpisov se pojavi očitna potreba po usklajevanju obstoječih predpisov in oblikovanju homogenega sistema. Hkrati pa so prizadevanja zaznamovana z različnostjo pravnih sistemov držav članic, ki jo je treba upoštevati.

### 3. Sprejeta zakonodaja

V obdobju veljavnosti Amsterdamske pogodbe je bilo na področju civilnega prava v okviru izvajanja prej omenjenih programov sprejetih kakih trideset instrumentov. Takšno število seveda onemogoča, da bi pogledali vsakega od njih. Pregled torej omejimo na določena vprašanja, ki jih ti instrumenti urejajo, in na nekatere ključne značilnosti ureditve. Omejili se bomo tudi le na notranjo zakonodajo EU in pustili ob strani pomemben razvoj v okviru Haaške konference, Lugana, bilateralnih sporazumov držav članic in podobno.

#### 3.1 Institucionalni okvir

Pravna podlaga za sprejete dokumente je bil 61 (c) člen<sup>318</sup>, okvir za področje urejanja pa je določal 65 člen Pogodbe o ustanovitvi Evropske Skupnosti (PES). Ta okvir je po svoje širok, saj so področja urejanja opredeljena abstraktno. Očitno je, da obsega določanje pravil glede pristojnega sodišča, prava, ki se uporablja, ter priznavanja in izvrševanja in odločb. Prekomejno vročanje pisanj, pridobivanje dokazov, usklajevanje pravil glede pristojnosti in kolizije ter določanje postopkovnih pravil, ki bi odpravili ovire za dobro delovanje civilnega sodstva, pa so navedeni povsem eksplicitno.

Po drugi strani pa je omenjeni okvir omejen na čezmejne vidike pravosodnega sodelovanja, torej evropski zakonodajalec ne stopa na mesto držav članic, ko gre za njihovo notranjo pravno ureditev.

Območje uporabe instrumentov na področju civilnega prava omejujeta dva protokola k PEU: protokol o stališču Združenega kraljestva in Irske ter protokol o stališču Danske. Po prvem navedeni državi ne sodelujeta v sprejemanju aktov s tega področja razen če v treh mesecih pisno izrazita željo za sodelovanje pri sprejemanju in uporabi zadevnega predpisa. Lahko pa tudi po sprejemu akta izrazita voljo, da sprejemata dani predpis. Združeno kraljestvo je na en ali drug način pristopilo k uporabi vseh instrumentov, razen k sklepu Sveta o sklenitvi haaškega protokola iz 2007 o zakonodaji, ki se uporablja za preživninske obveznosti. Kar zadeva Irsko, je v vseh primerih sodelovala pri sprejemanju teh predpisov in se torej tam tudi uporabljajo.

Protokol o stališču Danske določa, da ta država ne sodeluje pri sprejemanju aktov s področja pravosodnega sodelovanja, lahko pa kadarkoli kasneje obvesti ostale članice, da bo v celoti uporabljala določen predpis. Te možnosti na področju civilnega prava Danska doslej še ni uporabila. Tako je v enakem položaju kot nečlanice, zato je Unija z njo sklenila dva dvostranska sporazuma - prvi pokriva Bruselj I drugi pa uredbo o vročanju sodnih in zunaj sodnih pisanj.

---

<sup>318</sup> Po uveljavitvi Lizbonske pogodbe je pravna podlaga za to področje 81. člen TFEU.

Velja omeniti, da vsebujejo protokoli k Lizbonski pogodbi povsem podobne določbe glede navedenih držav, torej bo tudi v bodoče lahko prihajalo do spremenljive geometrije glede uporabe posameznih predpisov.

Akti na področju pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah so bili sprejeti v obliki uredb, direktiv ali sklepov. Uredbe se neposredno uporabljajo v državah članicah, direktive in sklepi pa na način, ki je v njih določen. Nadzor uveljavljanja in izvrševanja je v pristojnosti evropskega sodišča.

### 3.2 Sodna pristojnost

Štirje sprejeti instrumenti določajo pravila glede pristojnega sodišča: Bruselj I<sup>319</sup>, Bruselj II a<sup>320</sup>, uredba o postopkih v primeru insolventnosti<sup>321</sup> in uredba o preživninskih obveznostih<sup>322</sup>.

Osnovni kriterij, ki se za določitev pristojnosti uporablja v večini instrumentov, je običajno prebivališče. Vendar obstajajo izjeme. V uredbi Bruselj I je osnovni kriterij domicil tožene stranke, v uredbi o insolventnosti pa središče glavnih interesov dolžnika.

Pravila o neposredni določitvi pristojnosti omogočajo jasno in objektivno ugotavljanje, katero sodišče prvo preverja dejansko pristojnost. To po večinski oceni predstavlja bistveno prednost v smislu hitrega začetka postopka. Vendar takim pravilom nekateri očitajo preveliko togost. Obstaja pa tudi problem, kako ravnati, če je bil isti postopek sprožen v neki tretji državi preden je bil vložen zahtevek v eni od držav članic. Po obstoječi ureditvi bo postopek znotraj EU vsekakor stekel ne glede na že začetega v tretji državi.

Zaradi pravil za neposredno določanje pristojnosti v državi, ki prizna končno odločitev, ni potrebno predhodno preverjanje pristojnosti. Sicer pa omenjeni instrumenti določajo, da v nobenem primeru ni mogoča revizija tuje odločitve glede predmeta. Od pravila o odsotnosti preverjanja pristojnosti odstopa le uredba Bruselj I, ki dopušča sodišču, ki priznava odločbo, da preveri, ali je sodišče, ki je odločbo izdalo, upoštevalo pravila o izključni pristojnosti glede zavarovanja in potrošniških pogodb. Tudi ta izjema je za nekatere sporna. Po eni strani je v nasprotju z načelom prostega pretoka sodnih odločb, po drugi pa bi bilo ustrezneje neustrezno odločitev sodišča izvora izpodbijati na sodišču, ki jo je izdalo.

---

<sup>319</sup> Uredba Sveta (ES) št. 44/2001 z dne 22. decembra 2000 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v civilnih in gospodarskih zadevah, *UL L 12, 16.1.2001, str. 1–23*

<sup>320</sup> Uredba Sveta (ES) št. 2201/2003 z dne 27. novembra 2003 o pristojnosti in priznavanju ter izvrševanju sodnih odločb v zakonskih sporih in sporih v zvezi s starševsko odgovornostjo ter o razveljavitvi Uredbe (ES) št. 1347/2000 *UL L 338, 23.12.2003, str. 1–29*

<sup>321</sup> Uredba Sveta (ES) št. 1346/2000 z dne 29. maja 2000 o postopkih v primeru insolventnosti *UL 160, 30.6.2000, str. 1–18*

<sup>322</sup> Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah *UL L 7, 10.1.2009, str. 1–79*



### 3.3 Pravo, ki se uporablja

Pravila o pravu, ki se uporablja, so določena v štirih predpisih: v uredbah Rim I<sup>323</sup> in Rim II<sup>324</sup>, v uredbi o postopkih v primeru insolventnosti in glede preživninskih obveznosti, vendar v tem primeru na podlagi Haaškega protokola iz leta 2007. Svet se je ukvarjal tudi s predlogom, ki bi predvidel pravo, ki se uporablja glede ločitve in razveze, vendar za ta predlog ni bilo mogoče doseči potrebne večine (soglasja, ker gre za družinsko pravo). Zato je devet držav članic predlagalo vzpostavitev okrepljenega sodelovanja za to področje. Junija letos je na predlog Evropske komisije Svet tako sodelovanje že odobril. Vanj je za zdaj vključenih 14 držav članic. Gre za sploh prvi primer uporabe pogodbenih določb o okrepljenem sodelovanju. Novi predlog uredbe, ki temelji na rezultatih poprejšnje razprave, pa je še v obravnavi. Zanimivo bo videti, koliko držav članic bo po sprejetju instrumenta še pripravljeno pristopiti k njegovi uporabi. Pričakovanje pobudnikov je, da jih bo kar največ.

Vse države članice uporabljajo torej določbe o pravu, ki se uporablja, na številnih področjih. Edina izjema je Združeno kraljestvo ko gre za preživninske obveznosti. Tudi tiste članice, ki nimajo tradicije uporabe tujega prava, uporabljajo te določbe. To pomeni, da bo v posamezni zadevi uporabljeno isto pravo ne glede na državo, v kateri bo sprožen postopek. Zato je takšna ureditev pomemben korektiv ureditve glede pristojnosti in prispeva k pravni varnosti in predvidljivosti izida postopka.

Določbe o pravu, ki se uporablja, v vseh dokumentih temeljijo na načelu univerzalne uporabe. Temu velja slediti tudi v bodočih instrumentih, saj bi drugačen pristop postavil pod vprašaj smiselnost urejanja na evropski ravni.

Sprejeti instrumenti ne vzpostavljajo povezave med odpravo eksekvatur in obstojem harmoniziranega režima glede prava, ki se uporablja. Ne obstaja torej vzročno posledična zveza med pravom, ki se uporablja, in zavrnitvijo priznanja ali izvršitve odločbe. Takšna možnost je vsaj za nekaj izrecno predvidenih situacij obstajala v nekdanji konvenciji Bruselj I (1968) in v Luganski konvenciji iz 1988. Ob prevedbi prve v uredbo in ob ponovni sklenitvi druge so bile te vrste določbe izločene.

---

<sup>323</sup> Uredba (ES) št. 593/2008 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 17. junija 2008 o pravu, ki se uporablja za pogodbeno obligacijska razmerja (Rim I) *UL L* 177, 4.7.2008, str. 6–16

<sup>324</sup> Uredba (ES) št. 864/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o pravu, ki se uporablja za nepogodbene obveznosti ( Rim II ) *UL L* 199, 31.7.2007, str. 40–49

### 3.4 Priznavanje in izvrševanje

Ker je odprava eksekvatur ob uvedbi ustreznih varovalk eden od ključnih ciljev razvoja civilnega prava v nadaljnjih petih letih, predstavlja iskanje najustreznejših rešitev, temelječih na dosedanjih izkušnjah, enega ključnih izzivov.

Ob sprejemanju predpisov od leta 2000 so se oblikovali trije različni tipi postopka glede priznavanja in izvrševanja. Prvi je zapleten sistem, ki ga vsebuje Bruselj II a. Drugi je sistem, ki ga je prva prinesla uredba Bruselj I in končno tretji, ki pomeni samodejno priznavanje odločb in odpravo eksekvatur.

V prvem primeru gre za ureditev, kakršno je predvidevala že Bruseljska konvencija iz leta 1968. Odločitev, sprejeta v državi izdaje je predmet preverjanja v državi priznanja in izvršitve na temelju vrste kriterijev. Stranka, zoper katero je uperjena izvršitev, se lahko sklicuje na vrsto v uredbi navedenih razlogov in ima možnost spodbijati odločitev o priznanju v državi priznanja in izvršitve. Taka zahtevna ureditev je očitno oblikovana glede na naravo in občutljivost zadev, ki jih pokriva uredba - razveza, razveljavitev zakonske zveze, pomembna vprašanja starševske odgovornosti. Komisija mora leta 2011 predstaviti poročilo o uporabi te uredbe in po potrebi predloge za njeno spremembo. To bo priložnost za razmislek o možnostih za poenostavitev postopka priznanja in izvršitve na ravni Unije.

Uredba Bruselj I je prinesla ureditev, po kateri sodstvo v državi izdaje odločbe izda potrdilo, da je odločba zakonita in predstavlja izvršilni naslov v državi izdaje. Država izvršitve ne preverja po uradni dolžnosti razlogov za zavrnitev pred izdajo eksekvatur. Na stranki, proti kateri je izdana odločba, je, da jo izpodbija z navajanjem razlogov, zaradi katerih je ni mogoče priznati v državi izvršitve. Tudi glede ureditve v tej uredbi teče razprava o možnostih za njeno izboljšanje. Pričakovati je predlog Komisije v to smer in živahno razpravo o njem, saj bi mnogi pred spremembo te uredbe želeli imeti oceno uporabe tistih instrumentov, pri katerih je eksekvatura v celoti odpravljena.

Odprava eksekvatur je bila prvič uvedena v uredbi Bruselj II a glede odločb, ki se nanašajo na pravico do stikov in vrnitev otroka. Kasneje je bila taka poenostavljena rešitev dogovorjena pri vrsti drugih instrumentov: izvršbi nespornih zahtevkov<sup>325</sup>, sporih male vrednosti<sup>326</sup>, plačilnem nalogu<sup>327</sup> in

---

<sup>325</sup> Uredba Evropskega parlamenta in Sveta (ES) št. 805/2004 z dne 21. aprila 2004 o uvedbi evropskega naloga za izvršbo nespornih zahtevkov *UL L 143, 30.4.2004, str. 15–39*.

<sup>326</sup> Uredba (ES) št. 861/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. julija 2007 o uvedbi evropskega postopka v sporih majhne vrednosti *UL L 199, 31.7.2007, str. 1–22*.

<sup>327</sup> Uredba (ES) št. 1896/2006 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 12. decembra 2006 o uvedbi postopka za evropski plačilni nalog *UL L 399, 30.12.2006, str. 1–32*.

preživninskih zadevah<sup>328</sup>. Prav uredba o izvršbi nespornih zahtevkov je tista, kjer je eksekvatura prvič v celoti odpravljena in ni potreben certifikat izvornega sodišča. So pa zato uvedene nekatere varovalke - določbe, ki se nanašajo na način vročanja odločbe, njeni reviziji in način izvršbe v ožjem pomenu.

### 3.5 Procesno pravo

Za dobro delovanje pravosodnega sodelovanja na ravni Unije je potreben določen nivo harmonizacije procesnega prava. Dosedanji razvoj je tako prinesel nekatere instrumente, ki so se zdeli najbolj nujni za doseganje postavljenih ciljev in ki ne posegajo v temelje pravnega reda držav članic. Gre za šest aktov.

*Vročanje:* da bi vzpostavili pogoje za hiter prenos pisanj, je bila sprejeta uredba o vročanju pisanj v civilnih in gospodarskih zadevah<sup>329</sup>. Razen praktičnih vidikov, ki zadevajo obvezno uporabo formularjev, uredba vsebuje vrsto določb, ki zagotavljajo varstvo pravic strank. Velja omeniti tudi določbe, ki že dopuščajo uporabo elektronskih sredstev za vročanje pisanj.

*Pridobivanje dokazov:* uredba o pridobivanju dokazov<sup>330</sup> se nanaša na celotno področje civilnih in gospodarskih zadev. Gre za modernizacijo Haaške konvencije iz leta 1970. V bistvu omogoča ob določenih omejitvah pridobivanje dokazov v drugi državi na isti način kot v domačem pravnem redu. Tudi ta uredba predvideva uporabo novih tehnologij kot so tele in video konference. *Pravna pomoč:* Direktiva o pravni pomoči<sup>331</sup> določa dodelitev ustrezne pomoči vsem osebam v čezmejnih sporih, ki ne razpolagajo z dovolj sredstvi, če je taka pomoč nujna za učinkovit dostop do pravnega varstva. Obsega stroške tolmačenja in prevajanja dokumentov, potne stroške in stroške pravnega svetovanja.

*Evropski plačilni nalog* omogoča poenostavitev izterjave v čezmejnih primerih, ki niso predmet spodbijanja. Vsi nalogi, ki so izvršljivi v državi izdaje, so brez dodatnih formalnosti izvršljivi kjerkoli v Uniji. Avstrija in Nemčija pri tem že uporabljata informacijsko tehnologijo. Eden od ciljev projekta e-pravosodje je informatizacija tega instrumenta za vse države članice.

*Spori majhne vrednosti:* Kot evropski plačilni nalog tudi ta uredba ne posega v postopke na nacionalni ravni. Uvaja pa poenostavljen postopek za tovrstne čezmejne spore. Določa le ključne elemente postopka od njegovega začetka do končne odločitve. V preostalem postopek poteka skladno s procesnim pravom države, v kateri se odvija. Sprejeta odločitev je avtomatsko priznana brez dodatnih postopkov. Tudi glede

---

<sup>328</sup> Uredba Sveta (ES) št. 4/2009 z dne 18. decembra 2008 o pristojnosti, pravu, ki se uporablja, priznavanju in izvrševanju sodnih odločb ter sodelovanju v preživninskih zadevah *UL L 7, 10.1.2009, str. 1–79*.

<sup>329</sup> Uredba (ES) št. 1393/2007 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 13. novembra 2007 o vročanju sodnih in izvensodnih pisanj v civilnih ali gospodarskih zadevah v državah članicah ( vročanje pisanj ) in razveljavitvi Uredbe Sveta (ES) št. 1348/2000 *UL L 324, 10.12.2007, str. 79–120*.

<sup>330</sup> Uredba Sveta (ES) št. 1206/2001 z dne 28. maja 2001 o sodelovanju med sodišči držav članic pri pridobivanju dokazov v civilnih ali gospodarskih zadevah *UL L 174, 27.6.2001, str. 1–24*.

<sup>331</sup> Direktiva sveta 2003/8/ES z dne 27. januarja 2003 o izboljšanju dostopa do pravnega varstva v čezmejnih sporih z uvedbo minimalnih skupnih pravil v zvezi s pravno pomočjo pri takih sporih *UL L 26, 31.1.2003, str. 41–47*.

tega instrumenta že poteka priprava na uporabo informacijske tehnologije, kar bo dodatno pospešilo postopek.

*Mediacija:* Direktiva<sup>332</sup>, ki je bila sprejeta leta 2008 in bo začela veljati maja 2011, določa osnovni okvir za široko uporabo mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah. Znotraj tega okvira je na državah članicah, da določijo podrobnosti postopka. Tudi za ta postopek je predvidena informacijska podpora.

*Civilna pravosodna mreža,* vzpostavljena s odločbo iz 2009<sup>333</sup> vzpostavlja okvir za medsebojno informiranje med člani mreže. Drugi njen namen pa je omogočanje učinkovitega dostopa do sodnega varstva z zagotavljanjem informacij o načinu uporabe mednarodnih instrumentov s tega področja. Cilji, h katerim teži ta mreža, so v celoti vključeni v program e-pravosodja.

#### **4. Perspektive**

V preteklih desetih letih so bili narejeni pomembni koraki pri vzpostavljanju evropskega pravosodnega prostora na področju civilnih zadev. Da pa bo ta prostor deloval zares homogeno in bo vsakdo lahko uveljavljal svoje pravice po vsej EU na pregleden in preprost način, bo potrebno še precej dodatnega dela. Ocena doslej uvedenih rešitev bo temelj za snovanje izboljšav in dodatnih rešitev.

Lizbonska pogodba (81. člen TFEU) podrobneje in celoviteje kot njena predhodnica opredeljuje področja zakonodajnega urejanja vprašanj pravosodnega sodelovanja v civilnih zadevah na evropski ravni. Vzajemno priznavanje in izvrševanje sodb in odločitev v zunaj sodnih zadevah je postavljeno v ospredje kot temeljno načelo sodelovanja. Predvideva približevanje nacionalnih ureditev glede pristojnosti in uporabe prava. Posebej je navedeno področje učinkovitega dostopa do sodnega varstva pa tudi razvoj alternativnih metod reševanja sporov. Uveljavitev pogodbe v nasprotju s pravosodnim sodelovanjem v kazenskih zadevah ne zahteva prilagoditve do sedaj sprejete zakonodaje novemu pravnemu okviru, zato se bo zastavljeno delo lahko nemoteno nadaljevalo na tej čvrstejši podlagi.

Stockholmski program predstavlja ključno vodilo pri tem delu v naslednjih petih letih tudi na tem področju. Kot smo videli, je ključna usmeritev nadaljnja krepitev vzajemnega priznavanja z odpravljanjem eksekvatur ob ustreznih jamstvih. Vzpostavljanje skupnih minimalnih norm ali pravil civilnega postopka naj bi olajšalo čezmejno izvrševanje odločb. Posebna pozornost bo namenjena notranjemu usklajevanju v preteklih desetih letih sprejete zakonodaje. Ne gre pa spregledati poudarka, ki

---

<sup>332</sup> Direktiva 2008/52/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 21. maja 2008 o nekaterih vidikih mediacije v civilnih in gospodarskih zadevah *UL L 136*, 24.5.2008, str. 3–8.

<sup>333</sup> Odločba št. 568/2009/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 18. junija 2009 o spremembah Odločbe Sveta 2001/470/ES o ustanovitvi Evropske pravosodne mreže v civilnih in gospodarskih zadevah *UL L 168*, 30.6.2009, str. 35–40.

ga program namenja dokumentom o osebnem stanju ter njihovem pridobivanju in priznavanju širom Unije. Ni dvoma, da predstavlja navedeno zajeten izziv. Hkrati pa je res, do bo doslej opravljeno delo pri soočanju z njim lahko v veliko pomoč. Pričakujemo lahko torej, da bo razvoj prihodnjih let znatno prispeval k olajšanju življenja državljanov Unije glede številnih vprašanj, ki so čezmejne narave.

## **Literatura**

Civil Law - European Judicial Cooperation, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg (2005).

Paulino Pereira F.(2010) La cooperation judiciaire en matiere civile dans l'Union europeenne: bilan et perspectives, Revue critique de droit international prive 99 (1) janvier-mars 2010.

## PRIVREMENE MJERE I NJIHOVI UČINCI U DRUGIM DRŽAVAMA S POSEBNIM OSVRTOM NA PRAVO EU

**Eduard Kunštek**

### Summary

This article refers to a number of problems regarding the international jurisdiction for issuing temporary and protective measures as well as to related matters on the recognition and enforcement of such measures in other states - including the EU member states and Croatia. Current situation cannot be deemed as efficient especially having in mind certain decisions of the European court and quite unpredictable outcome of the proceedings relating to the temporary measures which could be conducted in EU member states and Croatia. Therefore author pleads for the revision of Regulation 44/2001 and similar legislative intervention in Croatia.

### I UVOD

1. Vjerovnici su često primorani tražiti osiguranje svojih prava, pa tako i različitih tražbina, budući da postupci u kojima će ona biti definitivno ostvarena mogu trajati, a tijekom tog razdoblja njihovi dužnici mogu promijeniti stanje stvari ili raspolagati sa svojom imovinom te tako onemogućiti ili znatno otežati namirenje vjerovnika. Ako im se to ne bi omogućilo redoviti postupak zaštite subjektivnih prava bi faktički često bio besmislen i beskoristan, ili bi vjerovnici svoju zaštitu trebali ostvarivati pokretanjem dodatnih postupaka koji bi za cilj imali uspostavljanje prijašnjeg stanja, pobijati pravne radnje dužnika (*actio pauliana*) i sl. Katkad je osiguranje potrebno čak i ako glede prava vjerovnika postoji ovršna isprava, ali se ovrha još ne može predložiti, npr. ako nije protekao paricijski rok ili ako postoji *pactum de non petendo*. Najčešće će se raditi o osiguranju ostvarenja tražbina čije će ispunjenje vjerojatno biti naloženo dužniku u budućoj ovršnoj ispravi, ali će nekad biti potrebno među stranakama privremeno urediti odnos ili naložiti dužniku da se suzdržava od određenih radnji, da nešto učini ili trpi - obično u posjedovnim, radnim i obiteljskim sporovima. Osiguranje se može odnositi na sve vrste tražbina, uključujući tu i novčane i nenovčane, a može biti određeno u različitim vrstama postupaka. Tako se ono može odrediti u parničnom i izvanparničnom, ali i u kaznenom te upravnom postupku. U poredbenom pravu se mogu uočiti različite vrste osiguranja tražbina.

2. Predmet ovoga rada nisu dragovoljna osiguranja (npr. osnivanjem založnog prava ili prijenosom prava vlasništva radi osiguranja temeljem sporazuma stranaka), već samo ona koja sud ili drugo nadležno tijelo određuje mimo volje dužnika i to glede problematike nadležnosti sudova za određivanje privremenih mjera, kao i priznavanja njihovih učinaka na području drugih država.

## II OPĆENITO O PRISILNOM OSIGURANJU U HRVATSKOM I POREDBENOM PRAVU

3. Kad je hrvatsko pravo u pitanju, predviđaju se različite vrste osiguranja - prisilnim zasnivanjem založnog prava na nekretnini, prethodnom ovrhom te prethodnim i privremenim mjerama. Na ovom mjestu valja napomenuti kako se osiguranje prisilnim zasnivanjem založnog prava na nekretnini može se odrediti samo ako vjerovnik već ima ovršnu ispravu u kojoj je utvrđena njegova novčana tražbina.<sup>334</sup> Prethodna ovrha se također određuje radi osiguranja tražbina koje su utvrđene u ovršnim ispravama, ali samo radi osiguranja nenovčanih tražbina.<sup>335</sup> Prethodne mjere se pak određuju radi osiguranja novčanih tražbina koje su određene u odlukama nadležnih tijela ili nagodbama koje su pred njima sklopljene te u javnobilježničkim ispravama – ako tražbine utvrđene u tim ispravama nisu dospjele ili odluke nadležnih tijela nisu postale ovršne.<sup>336</sup> S druge strane, osiguranje privremenim mjerama se može odrediti kad vjerovnik samo učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine i opasnosti da ovu neće biti moguće ostvariti ili će njeno ostvarenje biti znatno otežano ako privremena mjera ne bude određena.<sup>337</sup> U pravilu se prihvaća stajalište, pa tako i u hrvatskom pravu, kako je osiguranje privremenim mjerama moguće tražiti ne samo tijekom trajanja postupka, već i prije njegova pokretanja.<sup>338</sup> Po nama je to ispravno stajalište, a možemo ga smatrati i korisnim u cilju zaštite vjerovnika - budući da privremene mjere trebaju predstavljati taktičko iznenađenje za dužnika i onemogućiti ga da u razdoblju kad očekuje pokretanje postupka raspolaže sa predmetom osiguranja ili mijenja postojeće stanje stvari u namjeri da onemogući ili oteža namirenje vjerovnika. Ipak, valja voditi računa i o interesima dužnika te onemogućiti fraudalozno postupanje vjerovnika na način da, ako ovaj već ne može učiniti izvjesnim postojanje svoje tražbine i navedene opasnosti da ona neće moći biti ostvarena ili će njeno ostvarenje biti znatno otežano, mora to učiniti na razini vjerojatnosti. Dakako, ako bi se pokazalo da je ova bila neopravdana, treba mu priznati i pravo na naknadu štete. Tako predviđa i hrvatsko pravo.<sup>339</sup>

<sup>334</sup> Ovršni zakon (Narodne novine, 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 i 67/08), članak 258. „Na osnovi ovršne isprave kojom je utvrđena novčana tražbina predlagatelj osiguranja ima pravo tražiti osiguranje te tražbine zasnivanjem založnoga prava na nekretnini protivnika osiguranja.“

<sup>335</sup> Ibid., članak 281. „Radi osiguranja nenovčane ovrhe koja se ne može osigurati predbilježbom u javnoj knjizi sud može na temelju presude donesene u parničnom postupku odrediti prethodnu ovrhu ako ovrhovoditelj učini vjerojatnom opasnost da bi se zbog odgode ovrhe dok presuda ne postane ovršna ovrha onemogućila ili znatno otežala te ako da osiguranje za štetu koju bi ovršenik mogao pretrpjeti zbog takve ovrhe.“

<sup>336</sup> Ibid., članak 284. stavak 1. „Prethodna mjera određuje se radi osiguranja novčane tražbine na temelju: 1. odluke suda ili upravnog tijela koja nije postala ovršna, 2. nagodbe zaključene pred sudom ili upravnim tijelom, ako tražbina koja je u njoj utvrđena još uvijek nije dospjela, 3. javnobilježničke odluke ili javnobilježničke isprave, ako tražbina koja je u njoj utvrđena još uvijek nije dospjela.“

<sup>337</sup> Ibid., članak 296. „(1) Privremena mjera radi osiguranja novčane tražbine može se odrediti ako predlagatelj osiguranja učini vjerojatnim postojanje tražbine i opasnost da će bez takve mjere protivnik osiguranja spriječiti ili znatno otežati naplatu tražbine time što će svoju imovinu otuđiti, prikriti ili na drugi način njome raspolagati. (2) Predlagatelj osiguranja ne mora dokazivati opasnost iz stavka 1. ovoga članka ako učini vjerojatnim da bi predloženom mjerom protivnik osiguranja pretrpio samo neznatnu štetu. (3) Smatra se da opasnost iz stavka 1. ovoga članka postoji ako bi se tražbina imala ostvariti u inozemstvu.“ Glede nenovčanih tražbina vidi članak 298. (1) Radi osiguranja nenovčane tražbine može se odrediti privremena mjera ako predlagatelj osiguranja učini vjerojatnim postojanje svoje tražbine, zatim: 1. ako učini vjerojatnom i opasnost da bi bez takve mjere protivnik osiguranja spriječio ili znatno otežao ostvarenje tražbine, osobito time što bi promijenio postojeće stanje stvari, ili 2. ako učini vjerojatnim da je mjera potrebna da bi se spriječilo nasilje ili nastanak nenadoknadive štete koja prijete. (2) Odredbe članka 296. stavka 2. i 3. ovoga Zakona primjenjuju se i pri određivanju privremenih mjera radi osiguranja nenovčanih tražbina.

<sup>338</sup> Ibid., članak 293. stavak 1. „Privremena mjera može se predložiti prije pokretanja i tijekom sudskoga ili upravnoga postupka te nakon završetka tih postupaka, sve dok ovrha ne bude provedena.“

<sup>339</sup> Ibid., članak 306. stavak 1. „Protivnik osiguranja ima prema predlagatelju osiguranja pravo na naknadu štete koja mu je nanesena privremenom mjerom za koju je utvrđeno da je bila neosnovana ili koju predlagatelj osiguranja nije opravdao.“

4. Prednje opisane mjere osiguranja u poredbenom pravu mogu imati različite nazive,<sup>340</sup> a moguće ih je na različite načine i klasificirati.<sup>341</sup> Neke od njih su namijenjene samo očuvanju trenutnog stanja kako bi se osigurala tražbina vjerovnika koja ili nije dospjela, ili nije utvrđena u ispravi na temelju koje bi se moglo odrediti njeno prisilno ostvarenje. Najčešće se radi o zabrani ili ograničenju raspolaganja s nekom imovinom koja bi mogla poslužiti za buduću ovrhu. S druge strane, neke mjere osiguranja zapravo uređuju odnos među strankama pa se dužniku može naložiti da za vrijeme trajanja postupka razvoda braka plaća izvjesnu novčanu svotu, da se za vrijeme trajanja parnice suzdržava od odvođenja vode sa svog krova na nekretninu vjerovnika ili tome slično. Neke su po svojoj naravi *in personam*, pa se općenito odnose na osobu prema kojoj su određene. Ta osoba ne mora nužno biti sudionik u postupku - npr. u slučaju da nalog banci da dužniku uskrati isplatu s računa i sl. Učinci drugih odnose se pretežno na "stvari" (*in rem*) – npr. u slučaju privremenog oduzimanja stvari, upisa ograničenja raspolaganja sa stvarju u javnim knjigama i sl. Vrste privremenih mjera prema svom sadržaju ograničene su jedino maštom zakonodavaca pojedinih država i prijedlozima stranaka. To vrijedi i za države članice Europske unije.

### III NADLEŽNOST I EKSTRATERITORIJALNI UČINCI ODLUKA

5. Sa stajališta vjerovnika (predlagatelja privremene mjere), dakako ako postoji konkurentna nadležnost suda koji je nadležan za odlučivanje o meritumu spora i suda koji je nadležan za provedbu privremene mjere, postavlja se praktično pitanje - hoće li tražiti njeno određivanje od suda koji je nadležan za meritum ili od onoga koji bi bio nadležan za njenu prisilnu provedbu? Taj se problem pojavljuje i u unutarnjem pravu, a ako se radi o sudovima koji su na području različitih država on je značajnije izražen. Sa stajališta pojedinog suda postavljaju se pitanja je li nadležan za određivanje privremene mjere koja bi trebala imati ekstrateritorijalne učinke, kao i hoće li priznati onu koju je odredio strani sud ako se ona treba provesti na njegovu području - ovo i u situacijama kad je nadležan za rješavanje merituma i kad to nije slučaj.

6. Ako se zahtjeva određivanje privremene mjere prije pokretanja postupka, bilo bi oportuno to učiniti pred sudom koji je nadležan za njenu provedbu – dakako ako postoji njegova nadležnost i ako nadležnost suda koji bi bio nadležan za odlučivanje o meritumu nije isključiva. U takvom slučaju bi od

---

<sup>340</sup> Temporary measures, preventive measures, injunctions, attachments, provisional measures, protective measures, interdictos, medidas preventivas, medidas provisionales, medidas cautelares i sl.

<sup>341</sup> V. Kessedjian, Note on Provisional and Protective Measures in Private International and Comparative Law, Preliminary Document No 10 of October 1998 for the attention of the Special Commission of November 1998 on the question of jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters, str. 3. „The first of these comprises all the measures which are by nature *in personam*, i.e., they are addressed to the person of the debtor and enjoin him to do or not to do something or, as in the case of attachments, instruct somebody (who may be a third person extraneous to the main case) not to relinquish property for the benefit of the debtor, or perhaps to relinquish property for the benefit of the creditor. The second comprises all the measures *in rem*, the effects of which will be felt chiefly on the thing or asset which has been seized or sequestered. One may point to a further dichotomy, as between measures which establish a priority claim for the creditor, and those which are neutral in this respect. Finally, there is a third dichotomy as between measures which are intended to take extraterritorial effect and those which, by contrast, are limited in their effects to the territory of the State in which they were ordered.“



predlagatelja privremene mjere ovaj tražio ili trebao tražiti njeno opravdanje u nekom roku – obično bi se radilo o tome da bi mu ovaj trebao dostaviti dokaz o tome da je pokrenuo postupak u kojem će njegovo pravo biti konačno ostvareno. Razlozi za takvo postupanje bi se mogli naći i nakon pokretanja postupka. U ovakvom slučaju se zapravo ne pojavljuje problem priznanja i provedbe privremene mjere jer će je i odrediti i provesti isti sud, već samo onaj koji se odnosi na postojanje međunarodne nadležnosti tog suda. Tako je prema hrvatskom pravu, koje u ovršnom postupku i postupku osiguranja načelno prihvaća isključivu mjesnu, pa time i međunarodnu nadležnost sudova, glede privremenih mjera ipak dopušteno da ove odredi sud koji ih treba provesti, a ne sud koji odlučuje o meritumu. Dakako, za vrijeme trajanja spora bi postojala i nadležnost suda koji odlučuje o meritumu, ali ona se ne može smatrati isključivom.<sup>342</sup>

7. Prethodno navedeno stajalište se može, po nama neopravdano, kritizirati te smatrati da sud merituma ne bi trebao imati nadležnost ako predmet osiguranja nije na njegovu području. Tako, npr. ako tužitelj u postupku pred hrvatskim sudom treba osigurati svoju tražbinu privremenom mjerom koja bi uključivala zabranu raspolaganja s nekom imovinom na području Sjedinjenih Država, postavilo bi se pitanje treba li donošenje odluke o privremenoj mjeri tražiti od hrvatskog ili od američkog suda? Ako bi to učinio hrvatski sud, očito je kako bi njegova odluka trebala imati ekstrateritorijalni učinak, pa bi se postavilo dodatno pitanje njenoga priznanja i prisilne provedbe na američkom području.

8. Po svemu sudeći, američki sudovi bi takvu privremenu mjeru priznali i izvršili. Katkada smatraju da je to moguće u izuzetnim situacijama – pa su priznali i proveli privremenu mjeru venecuelanskog suda „zamrzavanjem imovine“ radi osiguranja tražbine glede uzdržavanja<sup>343</sup> Kad su u pitanju Sjedinjene Države, sve se više odustaje od stajališta kako je moguće priznati samo one odluke suda koje su konačne (*res iudicata*).<sup>344</sup>

9. Kakvo bi bilo stajalište hrvatskog suda u obratnoj situaciji, s obzirom na odsutnost podataka iz judikature, možemo samo spekulirati. Mišljenja smo da bi strane privremene mjere mogle biti priznate i izvršene u Hrvatskoj. To proizlazi iz odredbe članka 17. Ovršnog zakona koja predviđaja da se strana sudska odluka, slijedom čega i strana privremena mjera može izvršiti, premda se glede ovoga mogu izraziti dvojbe.<sup>345</sup> Naime, sasvim je sigurno da je strana privremena mjera „sudska odluka“, ali se ova odredba može tumačiti i tako da se ona odnosi samo na one odluke s kojima je odlučeno o meritumu. To

<sup>342</sup> Ovršni zakon, članak 33.b „Mjesna nadležnost određena ovim Zakonom je isključiva.“ Međutim, v. odredbe članka 292. stavaka 1. i 2. „(1) Prije pokretanja parničnoga ili kojega drugoga sudska postupka o tražbini koja se osigurava, za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje privremenom mjerom mjesno je nadležan sud koji bi bio nadležan za odlučivanje o prijedlogu za ovrhu. Za provedbu privremene mjere mjesno je nadležan sud koji bi bio mjesno nadležan za provedbu ovrhe. (2) Nakon pokretanja postupka iz stavka 1. ovoga članka, za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje privremenom mjerom nadležan je sud pred kojim je postupak pokrenut. Ako to okolnosti pojedinoga slučaja opravdavaju, i u tomu se slučaju prijedlog može podnijeti sudu iz stavka 1. ovoga članka.“ I sudovi u Sjedinjenim Državama donose odluke o privremenim mjerama u slučajevima kad su nadležni za njihovu provedbu, neovisno o tome jesu li nadležni za odlučivanje o meritumu. Tako je npr. u jednom predmetu koji je bio u tijeku pred švicarskim sudom, američki sud odredio privremenu mjeru zabranom raspolaganja s nekretninom u Washingtonu, premda niti jedna od stranaka u sporu nije imala prebivalište na području Sjedinjenih Država i premda ni u kom slučaju ne bi mogao biti nadležan za rješavanje merituma. Smatrao je da je za određivanje privremene mjere dostatna okolnost da se predmet osiguranja nalazi na njegovu području. *Barclays Bank v. Tsakos*. 543 A. 2d 802 (DCCA 1988), prema Kessedjan, str. 21.

<sup>343</sup> 650 So. 2d 1028 (Fla. Dist. Ct. App. 1995). Prema Kessedjan, str. 22. Vrijedi ovdje spomenuti i odluku američkog suda koji je priznao privremenu mjeru brazilskog suda kojom je zabranjeno raspolaganje s novčanim sredstvima na zajedničkom računu tijekom postupka za razvod braka. *Ibid.*, str. 23.

<sup>344</sup> *Loc. cit.*

<sup>345</sup> Ovršni zakon, članak 17. „Ovrha na temelju odluke stranoga suda može se odrediti i provesti u Republici Hrvatskoj samo ako ta odluka ispunjava pretpostavke za priznanje i ovrhu propisane međunarodnim sporazumom ili zakonom.

bi po nama bilo pogrešno, jer se i relevantna odredba Zakona o rješavanju sukoba zakona odnosi na sve sudske odluke.<sup>346</sup> Međutim, odluke o privremenim mjerama bi trebale udovoljavati svim ostalim pretpostavakama određenim tim zakonom, pa bi one trebale biti pravomoćne i ovršne u zemlji podrijetla, a ne bi se mogle priznati ako protivna stranka u postupku u kojem su one donesene nije mogla sudjelovati.<sup>347</sup> U tom smislu bi se ovaj propis moglo dopuniti na način da se nedvojbeno predvidi kako se on odnosi i na strane odluke o privremenim mjerama koje bi se mogle priznati čak i ako su donesene u postupku u kojem protivna stranka nije mogla sudjelovati – ako joj je moguće ovu pobijati nekim pravnim sredstvom, i ako bi predlagatelj dao jamstvo za štetu koja bi protustranci mogla nastati zbog toga što je bila neosnovana. Dakako, glede pretpostavki za priznanje bi se dodatno trebale primjenjivati postojeće odredbe koje se odnose na javni poredak i nepostojanje isključive nadležnosti hrvatskog suda.

#### IV NADLEŽNOST I EKSTRATERITORIJALNI UČINCI ODLUKA U EU

**10.** Mišljenja smo da treba prihvatiti mogućnost određivanja privremenih mjera od strane sudova koji nisu nadležni za odlučivanje o meritumu – ako je predmet osiguranja na području države koja je odredila privremenu mjeru, ili ako se ona na njenom području treba provesti. Dakako, ako se ova treba provesti na području druge države trebalo bi smatrati kako to nije moguće. Sasvim je jasno da bi, ako sud neke države članice nije nadležan za odlučivanje o meritumu, niti na njegovu području postoji kakva imovina protustranke ili iz drugog razloga nije nadležan za provedbu privremene mjere, odluka koju je o tome donio bila besmislena.

**11.** Uredba 44/2001 načelno dopušta da sud koji nije nadležan za donošenje odluke o biti stvari odredi privremenu mjeru.<sup>348</sup> Ono što ona ne rješava jasno i nedvojbeno je: **1)** kad to ipak ne bi bilo dopušteno, i **2)** hoće li u svim slučajevima tako određene privremene mjere imati učinke na području drugih država članica Europske unije. Isti problem se javlja i u slučaju privremenih mjera određenih od suda koji je međunarodno nadležan za rješavanje merituma, a koje bi se trebale provesti na području druge države.

**12.** Odluka o privremenoj mjeri bi se trebala smatrati „presudom“ u smislu Uredbe 44/2001. Ona u svojoj relevantnoj odredbi ipak nije dostatno precizna, pa su moguća različita stajališta.<sup>349</sup> Naime, postavljaju se pitanja: **1)** odnosi li se ona samo na odluke koje nisu podložne naknadnim promjenama (*res iudicata*) ili i na one koje ne spadaju u ovakvu skupinu, pa i na privremene mjere; i **2)** da li se *ratione*

<sup>346</sup> V. Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (Narodne novine, 53/91, 88/01), članak 86. „(1) Strana sudska odluka izjednačuje se s odlukom suda Republike Hrvatske i ima pravni učinak u Republici Hrvatskoj samo ako je prizna sud Republike Hrvatske. (2) Stranom sudskom odlukom, prema stavku 1. ovog članka, smatra se i nagodba sklopljena pred sudom (sudska nagodba). (3) Stranom sudskom odlukom smatra se i odluka drugog organa koja je u državi u kojoj je donesena izjednačena sa sudskom odlukom odnosno sudskom nagodbom ako se njome reguliraju odnosi predviđeni u članku 1. ovog zakona.“

<sup>347</sup> V. Zakon o rješavanju sukoba zakona s propisima drugih zemalja u određenim odnosima (Narodne novine, 53/91, 88/01), članci 87. do 92.

<sup>348</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal L 012, 16/01/2001 P. 0001 - 0023 Article 31 „Application may be made to the courts of a Member State for such provisional, including protective, measures as may be available under the law of that State, even if, under this Regulation, the courts of another Member State have jurisdiction as to the substance of the matter.“

<sup>349</sup> Article 32 „For the purposes of this Regulation, "judgment" means any judgment given by a court or tribunal of a Member State, whatever the judgment may be called, including a decree, order, decision or writ of execution, as well as the determination of costs or expenses by an officer of the court.“

*materiae* primjenjuje na sve vrste privremenih mjera koje predviđaju pravni poreci pojedinih država? Na oba pitanja bi načelno trebalo dati pozitivan odgovor, premda bi trebalo predvidjeti izuzetke, napose u nekim slučajevima kad sud koji je donio odluku o privremenoj mjeri nije nadležan za njenu provedbu i kad dužnik – protivnik osiguranja u državi priznanja i prisilnog izvršenja privremene mjere nije zaštićen jamstvom predlagatelja za moguću štetu koja bi mu mogla biti prouzročena ako se ispostavi da je privremena mjera bila neosnovana.

**13.** Glede ove problematike valja spomenuti presudu Europskog suda u predmetu *Turner v. Felix Fareed Ismail Grovit i dr.*<sup>350</sup> U konkretnom slučaju engleski sud je bio nadležan za suđenje u radnom sporu protiv španjolskog tuženika. Ovaj je istovremeno pokrenuo postupak za naknadu štete u vezi s tim sporom pred španjolskim sudom, a engleski sud je, prema zahtjevu tužitelja, trebao odrediti privremenu mjeru koja bi imala ekstrateritorijalni učinak, odnosno s kojom bi se španjolskom subjektu zabranilo pokretanje postupka pred španjolskim sudom. Od Europskog suda je tražemo mišljenje u svezi s mogućnošću određivanja takve privremene mjere koji je bio prilično jasan u svom negativnom odgovoru.<sup>351</sup>

**14.** Posebno treba spomenuti presudu navedenog suda u predmetu *Van Uden Maritime BV, trading as Van Uden Africa Line v. Kommanditgesellschaft in Firma Deco-Line i dr.* koja se odnosi na članak 24. Briselske konvencije koji je sadržajno istovjetan članku 32. Uredbe.<sup>352</sup> Prema njoj se privremena mjera koja se sastoji u nalogu za privremeno ispunjenje ugovorne obveze ne može smatrati „odlukom“ u smislu te odredbe ako predlagatelj ne da jamstvo za slučaj svog neuspjeha u postupku o glavnoj stvari i ako se ona ne odnosi na točno određenu imovinu koja se nalazi unutar područja suda države priznanja.<sup>353</sup>

**15.** Prema tome, Europski sud je stajališta da se odredba članka 32. Uredbe odnosi na privremene mjere – ali dopušta izuzetke koji s njom ipak nisu predviđeni. Zbog toga bi bilo praktičnije ovu odredbu novelirati i jasnije urediti problematiku. To nalažu i razlozi pravne sigurnosti.

---

<sup>350</sup> C-159/02, presuda od 27. travnja 2004.

<sup>351</sup> Ibid. „Convention is to be interpreted as precluding the grant of an injunction whereby a court of a Contracting State prohibits a party to proceedings pending before it from commencing or continuing legal proceedings before a court of another Contracting State, even where that party is acting in bad faith with a view to frustrating the existing proceedings.“

<sup>352</sup> C-391/95., presuda od 17. studenog 1998.

<sup>353</sup> Ibid. „Interim payment of a contractual consideration does not constitute a provisional measure within the meaning of Article 24 of the Convention of 27 September 1968 unless, first, repayment to the defendant of the sum awarded is guaranteed if the plaintiff is unsuccessful as regards the substance of his claim and, second, the measure sought relates only to specific assets of the defendant located or to be located within the confines of the territorial jurisdiction of the court to which application is made.“ Slično i u predmetu *Hans-Hermann Mietz v Intership Yachting Sneek BV* C-99/96., presuda od 27. travnja 1999.

## V NEKI MEĐUNARODNI POKUŠAJI UREĐENJA I HRVATSKO STAJALIŠTE

16. Problematika priznanja i provedbe stranih privremenih mjera na međunarodnom planu nije sustavno uređena, isto je stanje i na području Europske unije, a ne može se kazati da postoji bogata praksa sudova niti znanstvena bibliografija, premda treba spomenuti neke recentne izuzetke.<sup>354</sup>

17. Prethodni nacrt Haške konvencije o nadležnosti i priznanju stranih presuda u građanskim i trgovačkim stvarima od 30. listopada 1999. dopušta da sud koji je prema njemu međunarodno nadležan može odrediti bilo koju privremenu mjeru – dakle i onu koja bi imala ekstrateritorijalni učinak, bez izuzetka. Ista je pozicija i suda na čijem se području nalazi imovina na koju se odnosi privremena mjera. Što se tiče sudova koji nisu nadležni za odlučivanje o meritumu niti se na njihovu području nalazi imovina koja bi bila predmet osiguranja, ovi je mogu odrediti samo ako bi se njeno prisilno izvršenje obavljalo na području države suda koji je donio odluku o privremenoj mjeri<sup>355</sup> ako je njihova svrha privremena zaštita tražbine predlagatelja u postupku koji je u tijeku ili će biti pokrenut.<sup>356</sup> S ovim odredbama se također ne rješava pitanje priznanja privremenih mjera u drugim državama.<sup>357</sup>

18. Transnacionalna načela građanskog postupka iz 2004. se problematikom priznanja privremenih mjera bave u smislu pretpostavki za njihovo određivanje u domaćem pravu,<sup>358</sup> ali predviđaju da, ako su one ispunjene, sve strane privremene mjere koje nisu protivne javnom poretku trebaju biti priznate na području drugih država.<sup>359</sup>

19. Ipak bi se jednim širim tumačenjem međunarodnih ugovora i propisa pojedinih država trebalo doći do zaključka kako je priznanje stranih privremenih mjera na njihovom državnom području načelno moguće – pod određenim pretpostavkama koji s njima najčešće i propisuju. Problem je u tome što oni redovito nisu dostatno jasni i precizni, pa se uvijek postavljaju dodatna pitanja.

20. Tako i neki međunarodni ugovori koje je sklopila Hrvatska, a koji ne spominju izričajem mogućnost priznanja i izvršenja stranih privremenih mjera, ipak ostavljaju mogućnost njihova priznanja.

<sup>354</sup> V. Rijavec, *Rinstweilige Verfügungen mit Internationalem Bezug*, V. i nešto stariji rad Maher/Rodger, *Provisional and Protective Remedies*, *The British Experience of the Brussels' Convention*, [1999] 48 ICLQ.

<sup>355</sup> Budući da se u ovakvom slučaju ne postavlja pitanje ekstrateitorialnog učinka tako određeno privremene mjere nejasno je zašto se ova odredba uopće nalazi u tekstu Nacrta.

<sup>356</sup> Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters adopted by the Special Commission on 30 October 1999 (Prel. Doc. No 11), Article 13. „1. A court having jurisdiction under Articles 3 to 12 to determine the merits of the case has jurisdiction to order any provisional or protective measures. 2. The courts of a State in which property is located have jurisdiction to order any provisional or protective measures in respect of that property. 3. A court of a Contracting State not having jurisdiction under paragraphs 1 or 2 may order provisional or protective measures, provided that – a) their enforcement is limited to the territory of that State, and b) their purpose is to protect on an interim basis a claim on the merits which is pending or to be brought by the requesting party.“

<sup>357</sup> V. reagiranje Schulza od 20. veljače 2001., Annex F(i), *Provisional and protective measures*.

<sup>358</sup> ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure 2004. „...8. Provisional and Protective Measures 8.1 The court may grant provisional relief when necessary to preserve the ability to grant effective relief by final judgment or to maintain or otherwise regulate the status quo. Provisional measures are governed by the principle of proportionality. 8.2 A court may order provisional relief without notice only upon urgent necessity and preponderance of considerations of fairness. The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the court properly should be aware. A person against whom expedite relief is directed must have the opportunity at the earliest practicable time to respond concerning the appropriateness of the relief. 8.3 An applicant for provisional relief should ordinarily be liable for compensation of a person against whom the relief is issued if the court thereafter determines that the relief should not have been granted. In appropriate circumstances, the court must require the applicant for provisional relief to post a bond or formally to assume a duty of compensation.“

<sup>359</sup> Ibid., „...30. Recognition. A final judgment awarded in another forum in a proceeding substantially compatible with these Principles must be recognized and enforced unless substantive public policy requires otherwise. A provisional remedy must be recognized in the same terms.“

Naime, u njima se govori o priznanju „pravomoćnih sudskih odluka“ koji pojam po nama uključuje i pravomoćne privremene mjere. Dakako, pravomoćnost odluke o privremenoj mjeri podrazumijeva da je protivna stranaka u postupku imala priliku sudjelovati – pa je dvojbeno priznanje privremenih mjera koje su određene *ex parte*.

**21.** Tako npr. ugovor s Turskom predviđa priznanje „sudskih odluka“ i odluka drugih nadležnih tijela koje su izjednačene sa sudskim odlukama,<sup>360</sup> što svakako pretpostavlja i odluke o privremenim mjerama, koje nisu presude s kojima se definitivno odlučuje o osnovanosti zahtjeva tužitelja već obično imaju neki drugi naziv – u Hrvatskoj „rješenje“. Ugovor se *ratione materiae* odnosi na „pravomoćne sudske odluke“ što rješenja s kojima se određuje privremena mjera sasvim sigurno mogu postati, a potrebno je da budu ispunjene i neke druge pretpostavke – sasvim sigurno i ona koja se odnosi na to da je protivnoj stranci u postupku omogućeno u njemu sudjelovati. Nije jasno radi li se o jezičkoj nepreciznosti, odnosno je li postojala namjera ugovornih strana da polje primjene ovog međunarodnog ugovora proširi i na pravomoćne odluke o privremenim mjerama ili nije. Međutim i hrvatski propisi predviđaju da bi strane privremene mjere mogle biti priznate i izvršene u Republici Hrvatskoj. To proizlazi i iz već spomenute odredbe članka 17 Ovršnog zakona.<sup>361</sup>

**22.** Kad je u pitanju hrvatski ugovor s Turskom ovaj predviđa međusobno priznavanje „sudskih odluka“ pa će se tako priznati: **1)** sudske odluke donesene u bilo kojoj ugovornoj stranci ako su pravomoćne i izvršne na njezinom teritoriju; **2)** ako je tuženiku uredno bio dostavljen poziv sukladno pravu ugovorne stranke koja je odluku donijela; **3)** ako strankama u postupku nije bilo uskraćeno pravo na obranu i nije im bio uručen poziv pred sud i dana mogućnost da budu zastupane u slučaju njihove procesne nesposobnosti; **4)** ako ne postoji pravomoćna sudska odluka donesena u istoj pravnoj stvari i između istih stranaka na teritoriju ugovorne stranke u kojoj se traži priznanje i izvršenje; **5)** ako nije u tijeku parnica u istoj pravnoj stvari između istih stranaka pred sudom ugovorne stranke u kojoj se traži priznanje i izvršenje; **6)** ako sudska odluka nije u suprotnosti sa osnovnim načelima prava i javnim poretkom ugovorne stranke u kojoj se traži priznanje i izvršenje. Ono što je u ovom ugovoru i dalje ostalo nejasno je to da li se pod pojmom „sudska odluka“ smatra i odluka o privremenoj mjeri. To s obzirom da se strana privremena mjera ne bi priznala „ako je u tijeku parnica u istoj pravnoj stvari“ pred sudom države priznanja ili je ovaj već dionio pravomoćnu odluku u takvoj stvari. Budući da nemamo mjerodavni (engleski) tekst ovoga ugovora, ne možemo se sa sigurnošću očitovati o domašaju ove odredbe, tj. odnosi li se ona samo na odluke o meritumu ili i na druge sudske odluke. Ako to nije slučaj, ona doslovno

---

<sup>360</sup> Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Turske o pružanju pravne pomoći u građanskim i trgovačkim stvarima (Narodne novine – MU, 15/2000), članak 17. „1. Svaka država ugovornica će pod uvjetima iz ovoga Ugovora, priznavati i izvršavati sljedeće sudske odluke donesene na teritoriju druge ugovorne stranke: a) sudske odluke donesene u građanskim i trgovačkim stvarima i odluke drugih nadležnih tijela u građanskim stvarima koje su izjednačene sa sudskim odlukama; b) sudske odluke u kaznenim predmetima glede imovinskoprvnih zahtjeva.2. Pravomoćne sudske odluke u građanskim i trgovačkim stvarima donesene poslije stupanja na snagu ovoga Ugovora, bit će predmetom priznanja. Odluke navedene u točki a) stavka 1. ovog članka bit će uzete u obzir samo ako je pravna posljedica u svezi tih odluka nastupila nakon stupanja na snagu ovoga Ugovora.“

<sup>361</sup> V. bilješku 12.

pretpostavlja da se inozemna privremena mjera ne bi priznala ako je u državi priznanja u tijeku postupak o meritumu. Mislimo kako to ne bi bilo pravilno rješenje za sve situacije.

**23.** Dakle, ako bi se pred turskim sudom vodila parnica, privremena mjera koju bi odredio hrvatski sud, a koja bi se odnosila npr. na zabranu raspolaganja s novčanim sredstvima na računu kod banke u Turskoj se u toj državi ne bi mogla priznati. Stranka bi donošenje odluke o takvoj mjeri morale tražiti od turskog suda premda su zamislive situacije u kojima bi joj hrvatski sud iz razloga hitnosti ili ekonomičnosti bio praktičniji. Međutim, neprijeporno je da bi trebalo priznati privremenu mjeru koju je odredio turski sud nadležan za meritum, a koja bi se odnosila na takvu zabranu na području Hrvatske.<sup>362</sup>

**24.** Prethodno navedeno odnosi se i na hrvatske ugovore s Bosnom i Hercegovinom,<sup>363</sup> (koji se ne odnosi na Republiku Srpsku),<sup>364</sup> Makedonijom,<sup>365</sup> i Slovenijom.<sup>366</sup> Njihove relevantne odredbe su gotovo istovjetne izuzev što, za razliku od ugovora s Turskom, predviđaju dodatnu prepostavku koja se odnosi na to da ne smije postojati isključiva nadležnost suda države priznanja. Prema svim ovim ugovorima *ex parte* privremene mjere se ne bi mogle priznati što, budući da one često trebaju predstavljati svojevrsno iznanađenje za dužnika, značajno onemogućuje njihovu učinkovitost.

## VI ZAKLJUČAK

**25.** S obzirom da se sa stajališta vjerovnika koji imaju prebivalište u Europskoj uniji i sudova na području država članica postavljaju prethodno navedeni problemi - pred kojim sudom može tražiti određivaje privremene mjere i hoće li ona imati ekstrateritorijalni učinak – mogu se analizirati različite situacije, npr. **1)** vjerovnik s prebivalištem u jednoj državi članici može imati tražbinu prema osobi s prebivalištem u toj državi, a predmet osiguranja se nalazi na području druge države članice; ili **2)**

<sup>362</sup> V. točke 7. do 9.

<sup>363</sup> Sporazum između Vlade Republike Hrvatske, Vlade Bosne i Hercegovine i Vlade Federacije Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima (Narodne novine – MU, 12/96). Članak 20. „Države ugovornice pod uvjetima iz ovog Sporazuma na svojem teritoriju priznaju i izvršavaju sudske odluke u građanskim stvarima, te sudske nagodbe u takvim predmetima, donesene i sklopljene pred sudom države ugovornice.“ Članak 21. „1) Odluke iz članka 20. ovog Sporazuma priznaju se i izvršavaju: 1. ako je odluka pravomoćna i izvršna po zakonu države ugovornice, na čijem je teritoriju donesena, 2. ako za stvar, u kojoj je odluka donesena, nije isključivo nadležan sud države ugovornice, na čijem teritoriju se zahtijeva priznanje odnosno izvršenje odluke, 3. ako je u slučaju odluke, donesene u odsutnosti, stranka, koja se nije pojavila i nije sudjelovala u postupku, a protiv koje je donesena odluka, sukladno zakonu države ugovornice na čijem je teritoriju postupak proveden, pravilno i pravovremeno obaviještena o postupku, a u slučaju njene procesne nesposobnosti, ako je bila pravilno zastupana, 4. ako u istoj pravnoj stvari, među istim strankama, nije bila donesena pravomoćna odluka pred sudom države ugovornice, na čijem teritoriju se zahtijeva priznanje ili izvršenje odluke, 5. ako pred sudom zamoljene države nije u tijeku već prije započeta parnica u istoj pravnoj stvari i među istim strankama, 6. ako priznanje i izvršenje odluke nije u suprotnosti s Ustavom i pravnim poretkom zamoljene države. 2) Odluku o priznanju i izvršenju odluke države moliteljice donosi nadležni sud zamoljene države.“

<sup>364</sup> V. Poseban dodatak sporazumu o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima (točka 1.) „Stranke ugovornice suglasne su da se ovaj sporazum privremeno odnosi samo na teritorij Federacije Bosne i Hercegovine, dok će se posebnim sporazumom urediti pitanje i njegove primjene na Srpski entitet u BiH.“

<sup>365</sup> Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima (Narodne novine – MU, 3/95).

<sup>366</sup> Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Slovenije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima (Narodne novine – MU, 3/94). Članak 20. „Države ugovornice pod uvjetima iz ovog Ugovora na svojem teritoriju priznaju i izvršavaju sudske odluke u građanskim stvarima te sudske nagodbe u takvim predmetima, donesene i sklopljene pred sudom druge države ugovornice.“ V. i članak 21. „1) Odluke iz članka 20. ovog Ugovora priznaju se i izvršavaju: 1. ako je odluka pravomoćna i izvršna po zakonu države ugovornice, na čijem je teritoriju donesena, 2. ako za stvar, u kojoj je odluka donesena, nije isključivo nadležan sud države ugovornice, na čijem teritoriju se zahtijeva priznanje odnosno izvršenje odluke, 3. ako je u slučaju odluke, donesene u odsutnosti, stranka, koja se nije pojavila i nije sudjelovala u postupku, a protiv koje je donesena odluka, sukladno zakonu države ugovornice na čijem je teritoriju postupak proveden, pravilno i pravovremeno obaviještena o postupku, a u slučaju njene procesne nesposobnosti, ako je bila pravilno zastupana, 4. ako u istoj pravnoj stvari, među istim strankama, nije bila donesena pravomoćna odluka pred sudom države ugovornice, na čijem teritoriju se zahtijeva priznanje ili izvršenje odluke, 5. ako pred sudom zamoljene države nije u tijeku već prije započeta parnica u istoj pravnoj stvari i među istim strankama, 8. ako priznanje i izvršenje odluke nije u suprotnosti s Ustavom i pravnim poretkom zamoljene države. 2) Odluku o priznanju i izvršenju odluke države moliteljice donosi nadležni sud zamoljene države.“

vjerovnik s prebivalištem jednoj državi članici može imati tražbinu prema osobi koja ima prebivalište na području druge države članice, a predmet osiguranja se nalazi u državi prebivališta vjerovnika **3)** vjerovnik s prebivalištem u jednoj državi članici može imati tražbinu prema osobi koja ima prebivalište na području druge države članice, a predmet osiguranja se nalazi na području države prebivališta dužnika i **4)** vjerovnik s prebivalištem u jednoj državi članici može imati tražbinu prema osobi koja ima prebivalište na području druge države članice, a predmet osiguranja se nalazi na području treće države članice.

**26.** U slučaju navedenom pod 1. postoji nadležnost domaćeg suda za rješavanje o meritumu, ali bi privremena mjera koju bi odredio taj sud pretpostavljala da joj se priznaju učinci na području druge države članice. Mislimo da bi to trebalo biti moguće uz prethodno navedena ograničenja.<sup>367</sup> Poseban problem bi ipak moglo predstavljati priznanje *ex parte* privremenih mjera, kao i u slučaju spomenutih hrvatskih bilateralnih ugovora.

**27.** U slučaju pod 2. vjerovnik bi, neovisno o tome je li sud njegova prebivališta nadležan za meritum, mogao od tog suda tražiti osiguranje svoje tražbine koja će definitivno biti utvrđena u konačnoj presudi – pa se pitanje njenoga priznanja i prisilne provedbe ne bi niti postavilo.

**28.** U slučaju navedenom pod 3. moguće su dvije različite situacije. Ako je za meritum nadležan sud prebivališta vjerovnika ovaj bi se suočio s problemom hoće li njegova privremena mjera biti priznata na području suda koji je treba provesti? Ako je pak za meritum nadležan sud države dužnika u kojoj privremenu mjeru treba i provesti bi li to moglo utjecati na to da sud vjerovnika uopće ne može odrediti privremenu mjeru.? Smatramo da bi u prvom slučaju trebalo priznati učinke tako određene privremene mjere pri čemu također treba imati u vidu ograničenja na koja se pozivamo pod točkom 26. U drugom slučaju pretežu razlozi za zaključak kako sud države vjerovnika ne bi trebao imati mogućnost odrediti privremenu mjeru sa ekstratitorijalnim učinkom uz napomenu kako je to navedeno pod točkom 23.

**29.** U slučaju navedenom pod 4. sasvim je jasno da sud na čijem području privremenu mjeru treba provesti nije nadležan za meritum, pa se postavlja pitanje hoće li on priznati odluku donesenu od moguće nadležnih sudova ili bi on bio nadležan za njeno određivanje? Ova situacija je slična onoj koja je navedena pod 1. Mislimo da bi taj sud bio nadležan za njeno određivanje, a u svakom slučaju bi trebao priznati privremenu mjeru koju je odredio sud nadležan za meritum, ako su ispunjene i ostale pretpostavke.

**30.** Zbog niza dvojbi apostrofiranih u ovom radu smatramo da bi u dogledno vrijeme trebalo novelirati Uredbu 44/2001 ili donijeti poseban propis s kojim bi se uredila problematika nadležnosti i priznanja privremenih mjera na području Europske unije. U svezi s ovime se mogu primijetiti sustavniji napori

---

<sup>367</sup> V. točke 13. do 15.

tijekom zadnjeg desetljeća. To se osobito odnosi na one privremene mjere s kojima bi se dužnicima onemogućavalo raspolaganje sa sredstvima na bankovnim računima na području država članica.<sup>368</sup>

---

<sup>368</sup> V. Draft programme of measures for implementation of the principle of mutual recognition of decisions in civil and commercial matters Official Journal C 012 , 15/01/2001 P. 0001 – 0009 . V. i Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts; Commission staff working document - Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts COM(2006) 618 od 24. listopada 2006.



## CROSS-BORDER DEBT COLLECTION IN CONSUMER DISPUTES

Christophe Verdure\*

### Introduction

**Aim of Consumer law.** - Taking out an insurance, buying a plane ticket, have a loan credit, or buying a product represents an act which give the person who raises them the status of consumer<sup>369</sup>, if the act occurs in the private area.

The protection of consumers has been very soon considered as a major European policy. With this regard, different regulations have been adopted in the field of consumer law, taking into account the economic and health, societal and environmental issues<sup>370</sup>

The starting point for the European consumer protection policy is the idea that market integration is in the consumer interest. The aim is the amplification and the strengthening of competition between the Member States' businesses. This influence on the competition reduces the price level, increases the choice of products and services and, last but not least, enhances the quality of business performance.

Recently, various changes have occurred, to follow up the revision of the "*acquis communautaire*", which started in 2004<sup>371</sup>. Thus, a new directive was adopted on time-sharing<sup>372</sup>, and a draft Directive on consumer rights<sup>373</sup>. This draft Directive produces, in addition to an overhaul of several guidelines<sup>374</sup>, full harmonization of its scope and aims ultimately to give consumers better protection.

Consumer law also seeks to restore relationships between professionals and consumers<sup>375</sup>. Indeed, the opening of frontiers in Europe, combined with the development of modern means of communications (such as Internet) leads

---

\* Researcher at the University of Saint-Louis (Louvain Academy, Belgium); Arc Project. The author can be reached at verdure@fusl.ac.be. This contribution has been finalized on the 30th of August 2010.

<sup>369</sup> See L. KRÄMER, *La CEE et la protection du consommateur*, coll. Droit et consommation, vol. XV, Brussels, Story-Scientia, 1988, p. 1.; J. CALAIS-AULOY, «La notion de consommateur en droit français et en droit communautaire»; in L. THÉVENOZ & N. REICH (dir.), *Liber Amicorum BERND STAUDER*, Genève, Schulthess, 2006, p. 65. For an overview of the recent case-law of the Court of Justice in the different areas of consumer law, see a.o. S. MAHIEU & M. VAN HUFFEL, «Consommation – Alimentation (1er octobre 2007 – 31 octobre 2008)», *Journal de Droit européen*, 2009, p. 22 ; «Consommation – Alimentation (1er novembre 2008 – 31 octobre 2009)», *Journal de Droit européen*, 2010, p. 19; E. TICHADOU, «La jurisprudence récente de la CJCE dans les affaires concernant les consommateurs», *ERA Forum*, 2009/1, p. 71; C. VERDURE, «Chronique de jurisprudence en droit de la consommation (1er août 2008 – 31 juillet 2009)», *ERA Forum*, 2010/1, p. 67; H. AUBRY, E. POILOT & N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, «Droit de la consommation – janvier 2009 – janvier 2010», *Recueil Dalloz*, 2010, n°13, p. 790.

<sup>370</sup> See J. RINKES, «European Consumer Law: Making Sense», *The Yearbook of Consumer Law*, 2008, p. 16; S. MAHIEU, *Le droit de la société de l'alimentation – Vers un nouveau modèle de maîtrise des risques alimentaires et technologiques en droit communautaire et international*, Brussels, Larcier, 2007, pp. 209 et s.

<sup>371</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward, COM(2004)651 final, 11 October 2004; See also the Green Paper on the Review of the Consumer *Acquis*, COM(2006)744 final, 8 February 2007.

<sup>372</sup> Directive 2008/122/EC of the European Parliament and of the Council of 14 January 2009 on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday product, resale and exchange contracts, [2009] OJ, L 33/10. For an overview of this directive, see G. BUSSEUIL, «La nouvelle directive Timeshare: une première étape dans la révision de l'*acquis communautaire* en droit des contrats», *European Journal of Consumer Law*, 2009/2-3, p. 468.

<sup>373</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on consumer rights, COM(2008) 614 final, 8 October 2008. See a.o. H. MICKLITZ & N. REICH, «Crònica de una muerte anunciada: The Commission proposal for a 'Directive on consumer rights'», [2009] *Common Market Law Review*, vol. 2, p. 471; G. HOWELLS, «The Future for the Proposed Consumer Rights Directive», [2009] *European Journal of Consumer Law*, vol. 4, p. 805.

<sup>374</sup> H. MICKLITZ, «The targeted full harmonisation approach: Looking behind the curtain» in G. HOWELLS & R. SCHULZE (eds.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, Sellier, 2009, p. 48.

<sup>375</sup> A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, *Droit des affaires*, coll. Lexifac Droit, 2nd ed., Paris, Bréal, 2007, p. 48.

to potential new markets for national companies. Consumers also benefit from this extended market as they can enjoy a wider choice of products and lower prices through increased competition.

**Consumers' right of action.** - The right of action for an individual is determined by national law. The standing and the legal interest in bringing proceedings can therefore differ between Member states.

Nevertheless, European law requires national laws not to undermine the right to effective judicial protection<sup>376</sup>. It is for the Member States to establish a system of legal remedies and procedures which ensure respect for that right<sup>377</sup>.

**Main issues in cross-border disputes involving consumers.** - As a result of liberalization and market integration, new risks in terms of consumer protection have arisen. In case of cross-border litigation, consumers may face many practical issues such as: are they adequately informed about their rights, how to be reimbursed if the good has been withdrawn, how to introduce a complaint against an enterprise located in another member state, which is the competent court, etc?

The cross-border nature of a dispute therefore leads to some difficulties. Distance, different legal rules and languages may all raise barriers to cross-border dispute resolution, especially in the consumer field as "*consumers are generally poorly-equipped to overcome them and the value of the dispute will rarely justify the time and expense needed to do so*"<sup>378</sup>.

**International private law issues.** - Two main issues need to be solved regarding international private law (i) the conflict of law, and (ii) the conflict of jurisdiction.

(i) Firstly, conflict of laws is part of the law in each country that determines whether, in dealing with a particular legal situation involving a foreign element, its law or the law of some other jurisdiction will be applied. Whenever more than one regime is applicable to one contract, there are rules of private international law determining which law is applicable. The main source of conflict of law rules is Regulation (EC) n°593/2008<sup>379</sup>.

(ii) Secondly, when the buyer of a good is domiciled in a foreign country, and the consumer wants to be reimbursed, it could be difficult to determine where the action has to be brought. With this regard, international private law issues and especially the determination of the competent court will be of major importance, because the international private law is often regarded as "*being derived from a desire to do justice to parties involved in cross-border disputes*"<sup>380</sup>.

---

<sup>376</sup> E.C.J., 11 July 1991, Verholen and Others, Joined Cases C-87/90 to C-89/90, [1991] ECR, p. I-3757, para. 24.

<sup>377</sup> E.C.J., 13 March 2007, Unibet v Justitiekanslern, C-432/05, [2007] ECR, p. I-2271, para. 42.

<sup>378</sup> J. DICKIE, *Internet and electronic commerce law in the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 1999, p. 81.

<sup>379</sup> Regulation (EC) n°593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), [2008] OJ, L 177/6.

<sup>380</sup> L. GILLES, "Adapting international private law rules for electronic consumer contracts" in C. RICKETT & T. TELFER (ed.), *International perspectives on consumers' access to justice*, Cambridge University Press, 2003, p. 359.

Generally speaking the law applicable to contracts related to a transaction will lead to less difficulties as companies often predetermine which law will be applicable to their agreement, or the applicable law has already been discussed between parties.

**Alternative litigation proceedings.** - Once the competent court and the applicable law is determined, the consumer will have the possibility to sue its opponent in order to recover his debt. However such judicial action may take a long time and have a huge implications? This can be sometimes disproportionate to the value of the debt to be collected.

In 1985, the United Nations has provided with guidelines stating that:

*“Governments should establish or maintain legal and/or administrative to enable consumers or, as appropriate, relevant organizations to obtain redress through formal or informal procedures that are expeditious, fair, inexpensive and accessible. Such procedures should take particular account of the needs of law-income consumers”*<sup>381</sup>.

These guidelines also *“encourage enterprises to resolve consumer disputes in a fair, expeditious and informal manner”*<sup>382</sup> and to provide consumers with accurate information.

Following these guidelines, the main procedures which can offer consumers expeditious, fair and inexpensive access to justice are the mechanisms of alternative dispute resolution (ADR). ADR was historically associated with lengthy and costly proceedings, caused to businesses by the U.S. court system in the seventies. Moreover, both companies exposed to altered their image to a deterioration in their relations trade<sup>383</sup>.

Based on the conclusion that less than five percent of lawsuits were successful, U.S. companies sought out their legal advisers and lawyers to develop methods which would conclude an amicable and peaceful resolution between the parties. Various initiatives resulted, including the creation in 1983 of the Program on Negotiation at Harvard Law School<sup>384</sup>.

**Types of alternative disputes resolutions.** - Alternative Dispute Resolution (ADR) is a term used for a wide variety of mechanisms aimed at resolving conflicts without the (direct) intervention of a court. ADR covers a wide range of mechanisms. One type of ADR is Arbitration which means that a neutral third party that has been agreed upon by the parties decides on the claim and the decision is binding on the parties. Arbitration is most commonly used for commercial disputes, but not for consumer disputes.

---

<sup>381</sup> GA Res 248, 39 UN GAOR (106<sup>th</sup> plen. Mtg), UN Doc A/Res/39/248 (1985).

<sup>382</sup> *Ibid.*

<sup>383</sup> J. CRUYPLANTS, M. GONDA & M. WAGEMANS, *Droit et pratique de la médiation*, Brussels, Bruylant, 2008, pp. 3 à 5, n<sup>os</sup> 10 à 13.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p. 4, n<sup>o</sup> 12.

However, consumers' ADR are mainly focused on mediation which is any process, however named or referred to, where two or more parties to a dispute are assisted by a third party to reach an agreement on the settlement of their dispute. This occurs regardless of whether the process is initiated by the parties, suggested or ordered by a court or prescribed by the national law of a Member State.

**Structure of the contribution.** - As explained before, cross-border consumer dispute resolutions may raise some difficulties. In this paper, we would like to highlight two of them. The first is the determination of the competent court, as it is the main difficulty in bringing an action against a foreign opponent. Indeed, the law of contract is mainly predetermined or discussed by the parties before any dispute arises.

The competent court must be determined when the consumer brings a judicial action. In this regard, the provisions of Regulation (EC) n°44/2001 will be assessed in the first part of this contribution.

The second part of this contribution will focus on an alternative to judicial action which can be long and expensive in relation to the value of the debt. In this view, mediation appears to be an interesting new mechanism within all the alternative dispute resolution schemes.

## I. International private law

### A. General provisions

In this section, the determination of the competent jurisdiction will be discussed. This process is the identification of the jurisdiction in the event of a dispute between a consumer and a supplier located in another Member State. To determine matters of jurisdiction within Europe, we have to look to Regulation n°44/2001<sup>385</sup>.

The main rule in the Regulation EC n°44/2001 is that the defendant should be sued in the State in which he is domiciled<sup>386</sup>. This is supplemented by special rules for contracts<sup>387</sup>, tort<sup>388</sup> and for the protection of consumers. The special rules determining jurisdiction in consumer contracts are to be found in Articles 13-15 of the Regulation EC n°44/2001.

These rules permit consumers to bring proceedings against another party to the contract in either courts of the Contracting State in which that other party is domiciled or in the courts of the state in which the consumer is domiciled<sup>389</sup>. Proceedings may only be brought against the consumer in the courts of the Contracting State in which

---

<sup>385</sup> Council Regulation (EC) n° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, [2001] *OJ*, L 12/1.

<sup>386</sup> Article 2 of Regulation (EC) n° 44/2001.

<sup>387</sup> Article 5, §1, (a) of Regulation (EC) n° 44/2001.

<sup>388</sup> Article 5, §3 of Regulation (EC) n° 44/2001. This has been interpreted by the European Court of Justice to include both the place where the damage occurred and the place of the event giving rise to it. Case 68/93 *Shevill v Presse Alliance* [1995] 2 AC 18. In Case 189/87 *Kalfelis v. Schröder* [1988] ECR 5565 the ECJ rules on the scope of 'matters relating to tort', and in effect excluded any case in which the parties are in a contractual relationship. This greatly reduces the relevance of this basis of jurisdiction in consumer cases.

<sup>389</sup> Article 16, §1 of Regulation (EC) n° 44/2001.

the consumer is domiciled<sup>390</sup>.

In addition, if the other party is not domiciled in a Contracting State but has a branch, agency or establishment in one state then as regards disputes arising out of the operation of that branch, agency or establishment the party shall be deemed to be domiciled in that state<sup>391</sup>. The rules may only be derogated from in limited circumstances which favor the consumer<sup>392</sup>.

## B. Consumers' protection

The consumer rules described above only apply in three types of situations. According to article 15 of Regulation (EC) n°44/2001, the first two apply where goods have been purchased with the assistance of credit and cover (a) contracts for the sale of goods on installment credit terms<sup>393</sup> and (b) contracts for a loan repayable by installments or any other form of credit made to finance the sale of goods<sup>394</sup>.

The third provision which is very important as it has a wider scope, covering contracts other than those for credit purchase where “*the contract has been concluded with a person who pursues commercial or professional activities in the Member State of the consumer's domicile or, by any means, directs such activities to that Member State or to several States including that Member State, and the contract falls within the scope of such activities*”<sup>395</sup>. An exception, however, this provision does not apply to “*contracts of carriage other than those for a fixed price, combine travel and accommodation*”.

The applicability of this third provision means several conditions are fulfilled:

*(i) A contract.* Since the adoption of Regulation (EC) No 44/2001, any contract entered into by a private consumer now benefits from the protective rules<sup>396</sup>. This can be done by demonstrating that the issue falls within the contractual sphere<sup>397</sup>. Otherwise, any action by a consumer in tort will be subject to ordinary rules of jurisdiction and will not enter the sphere of art. 15.

As part of the Judgement of the Court of Justice in *Kapferer*<sup>398</sup>, delivered March 16, 2006, the Advocate General stated in his findings only when sending flyers with the promise of a prize had not been followed by the conclusion of such a contract, the consumer had no control of the company mail<sup>399</sup>. It was outside the contractual framework and therefore the rules of competence art. 15 of Regulation (EC) No 44/2001 did not apply.

<sup>390</sup> Article 16, §2 of Regulation (EC) n° 44/2001.

<sup>391</sup> Article 15, §2 of Regulation (EC) n° 44/2001.

<sup>392</sup> Article 17 of Regulation (EC) n° 44/2001: “*The provisions of this Section may be departed from only by an agreement: 1. which is entered into after the dispute has arisen; or 2. which allows the consumer to bring proceedings in courts other than those indicated in this Section; or 3. which is entered into by the consumer and the other party to the contract, both of whom are at the time of conclusion of the contract domiciled or habitually resident in the same Member State, and which confers jurisdiction on the courts of that Member State, provided that such an agreement is not contrary to the law of that Member State*”.

<sup>393</sup> Article 15, §1, (a) of Regulation (EC) n° 44/2001.

<sup>394</sup> Article 15, §1, (b) of Regulation (EC) n° 44/2001.

<sup>395</sup> Article 15, §1, (c) of Regulation (EC) n° 44/2001.

<sup>396</sup> A. NUYTS, “La communautarisation de la Convention de Brussels – Le règlement 44/2001 sur la compétence judiciaire et l’effet des décisions en matière civile et commerciale”, [2001] *J.T.*, p. 917. See however article 22 of Regulation (EC) n°44/2001.

<sup>397</sup> H. BOULARBAH, A. NUYTS & N. WATTÉ, “Le règlement ‘Brussels I’ sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, [2002] *J.T.D.E.*, p. 166.

<sup>398</sup> E.C.J., 16 March 2006, *Kapferer*, C-234/04, [2006] *ECR*, p. I-2585.

<sup>399</sup> Conclusions de l’Avocat général Tizzano, C-234/04, 10 November 2005, pt. 44.

More recently, the Court of justice has assessed this condition of the existence of a contract, in the *Ilsinger*<sup>400</sup> ruling of 14<sup>th</sup> of May 2009.

In this case, an Austrian national received a letter from a company based in Germany, addressed to him, informing her that she had won a significant prize and if she stuck a coupon on the certificate and returned it within 7 days, she would be entitled to the prize. She complies with the instructions but did not receive the advertised amount. She therefore sued the German company before the judge of his domicile *i.e.* the Austrian court.

It should be noted that similar cases had already been brought before the Court of Justice. Thus, in the case *Gabriel* in 2002 concerning the Brussels Convention, the Court held that the consumer action was closely related to the contract between the parties. To the extent that, in such a situation, the professional correspondence sent to that consumer establishes an inseparable relationship between the prize and the ordering of goods. Moreover, the buyer presents the ordering as being the prerequisite for the granting of the prize announced, precisely in order to persuade the consumer to order<sup>401</sup>.

An important feature of *Ilsinger* was that the claim of earnings was not conditional to the subscription of a contract.

However, this hypothesis was already addressed by the Court in *Engler* in 2005, but the *Engler* case was related to of the Brussels Convention<sup>402</sup> and not the Regulation (EC) n°44/2001. The Court had excluded the application of protective rules for the consumer because the prize allegedly won was not conditional on the consumer ordering goods from the company.

The central issue addressed in the *Ilsinger* decision therefore relates to the question of whether the solution in the *Engler* case, adopted in the framework of the Brussels Convention, could be transposed in Regulation (EC) n°44/2001.

The Court noted that the interpretation given in respect of the Brussels Convention applies to the Regulation (EC) n°44/2001, if the provisions thereof and those of the Brussels Convention may be regarded as equivalent<sup>403</sup>. In this regard, the Court considered that although the wording of Article 15 of Regulation (EC) n°44/2001 was wider than Article 13 of the Brussels Convention, there was no substantial difference between the relevant provisions of the two legal instruments concerning the requirement of a contract between the parties. Therefore, in accordance with recital 19 of Regulation (EC) n°44/2001, it is necessary to ensure continuity in the interpretation thereof<sup>404</sup>.

---

<sup>400</sup> E.C.J., 14 May 2009, *Ilsinger*, C-180/06, [2009] ECR, p. I-3961. See. L. IDOT, “Compétence en matière de contrats conclus par les consommateurs”, *Europe*, n° 2009/7, comment n° 290; E. CRAWFORD, “Case *Ilsinger v. Dreschers*: The right, for consumers, to seek payment of the prize they apparently won”, [2009] *European Journal of Consumer Law*, vol. 4, p. 861.

<sup>401</sup> E.C.J., 11 July 2002, *Gabriel*, C-96/00, [2002], ECR, p. I-6367, pt. 54.

<sup>402</sup> E.C.J., 20 January 2005, *Engler*, C-27/02, [2005] ECR, p. I-481, pts. 37, 38 et 44. See. N. WATTÉ, A. NUYTS & H. BOULARBAH, “Droit international privé européen”, [2006] *J.T.D.E.*, p. 300, pt. 15.

<sup>403</sup> E.C.J., 14 May 2009 (C-180/06), *op. cit.*, pt. 41.

<sup>404</sup> E.C.J., 14 May 2009 (C-180/06), *op. cit.*, pt. 58.

Thus, the Court adopted the approach adopted in the *Engler* and stated that Article 15, paragraph 1 c) of Regulation (EC) No. 44/2001 could not be applicable to such legal action unless the business had contractually committed to pay the price promised to the consumer who claimed the payment. When this condition was not met, the same provision was applicable to such legal action only if the false promise of gain was followed by the conclusion of a contract with the consumer society mail, materializing by placing an order from the latter<sup>405</sup>.

*(ii) A consumer.* Contracts that protect consumers must also be made for use that can be regarded as outside a professional activity<sup>406</sup>. For example, an case of the Court of Appeal of Antwerp (Belgium) of 20 March 2007 illustrates this: since the appellant is a retired person, he was *de facto* considered a consumer<sup>407</sup>.

*A contrario*, when the contractors are acting in the course of their profession, they cannot qualify for protective rules in favour of consumers, "whether or not equal economic strength, whether or not the same specialty."<sup>408</sup>

The Court of Justice had the opportunity to assess the intermediary situation, namely a contract for goods intended for use both professionally and privately<sup>409</sup>. *A priori*, the person who concluded the contract on this property is not of the quality of consumer.

However, if the business use is limited in the overall context of the transaction in question, the transaction can be covered under the consumer Regulations. In this regard, it is for the court to determine whether the business use was the essence of the contract. This assessment will be based on relevant facts, without taking into account the "facts or circumstances which the contractor may have been aware at the conclusion of the contract unless the person who raises the quality of consumer behaved manner which could legitimately give rise to the impression in the head of the other party to the contract, she was acting for business purposes<sup>410</sup>.

The consumer quality is personal and cannot be transmitted. Thus, any assignment by the consumer of his right to claim, to a professional, does not mean that it can rely on the consumer rules<sup>411</sup>.

In addition, when a person enters into a contract for future employment, he can not be regarded as a consumer, even if it does not carry that activity at the conclusion of the contract and even if that activity will never be exercised<sup>412</sup>.

*(iii) A foreign element.* Besides the foreign element of this definition, for the purposes of Regulation (EC) n°44/2001, Article 15, §1, (c) specifies that the contractor or the consumer

<sup>405</sup> E.C.J., 14 May 2009 (C-180/06), *op. cit.*, pts. 59 et 60.

<sup>406</sup> Art. 15, §1, al. 1 of Regulation (EC) n°44/2001.

<sup>407</sup> See C. VERDURE, "La protection des consommateurs au regard de l'art. 15 du Règlement (CE) n°44/2001", note sous Anvers (5<sup>ème</sup> ch.), 20 mars 2007, [2008] *Annuaire juridique du cr di e du règlement collectif de dettes*, pp. 171-174.

<sup>408</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 3<sup> me</sup>  d., Paris, L.G.D.J., 2002, p. 226.

<sup>409</sup> E.C.J., 20 January 2005, *Gruber*, case C-464/01, [2005] *ECR*, p. I-439.

<sup>410</sup> *Ibid.*, pt. 54.

<sup>411</sup> E.C.J., 19 January 1993, *Shearson Lehman Hutton Inc. / TVB*, case C-89/91, [1993] *ECR*, p. I-139, pt. 23.

<sup>412</sup> E.C.J., 3 July 1997, *Francesco Benincasa c/ Dentalkit Srl*, case C-269/95, [1997] *ECR*, p. I-3767.

must exercise is thus defined to the state of the consumer's home.

This requirement of activity directed toward the consumer's country allows the contractor of the latter to have its interests protected if he “*can not legitimately be expected to appear in court in a state towards which it directs any activity*”. The doctrine notes finally that the concept of directed activity is inherently flexible, and depends on a case by case assessment of the circumstances of the case<sup>413</sup>.

However, one can infer from the correspondence between a foreign company and a consumer, that the company runs its business to the country of residence of the consumer.

(iv) Existence of a website. The existence of a website can often demonstrate that the other party consumer is directed to its activities at the country of residence of the latter.

However, for the protection of art. 15 to be applicable, it is not enough that the website is accessible by the consumer. The Council and the Commission estimated it was required that the website invites the conclusion of distance contracts and that a contract has actually been concluded at a distance by any means<sup>414</sup>.

The doctrine holding that position somewhat closer to reality, is that in order not to distort the notion of directed activity, it is necessary to take into account the measures taken by the operator of a website to target specific markets, or to exclude others<sup>415</sup>. It is the destination website that should be taken into account.

The abovementioned decision of the Court of Appeal of Antwerp illustrates this situation. The only phone number specified content on the website was not a free phone that any average person could call. It was exclusively made available to a number of individuals who were already customers. The Court of Appeal has held, rightly, that this circumstance excluded that the counterparty has expanded its activities directly to the country of residence of the consumer.

(v) Conclusion. The applicability of art. 15, § 1, © of Regulation (EC) No 44/2001 are cumulative. Therefore, if one of them fails, the protection of this article is given to the person who invokes it.

---

<sup>413</sup> H. BOULARBAH, A. NUYTS & N. WATTÉ, “Le règlement ‘Bruxelles I’ sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, [2002] *J.T.D.E.*, p. 166.

<sup>414</sup> Council Declaration du Conseil, doc. n°13742/00, Just. civ. 131, 24 November 2000; See. Th. VERBIEST & E. WÉRY, *Le droit de l’internet et de la société de l’information*, Brussels, Larcier, 2001, n°954.

<sup>415</sup> H. BOULARBAH, A. NUYTS & N. WATTÉ, *op. cit.*



## II. Alternatives to court proceedings

### A. Introduction

**Introduction.** - More and more disputes are being brought to court. As a result, this has led to longer waiting periods for disputes to be resolved and has pushed up legal costs to disproportionate levels in comparison with to the value of the dispute.

This is where some may look to dispute resolution alternatives. These are extra-judicial procedures used for resolving civil or commercial disputes. These usually involve the collaboration of disputing parties in finding a solution to their dispute with the help of a neutral third-party. As there are numerous types of ADR methods available, they can be applied and adapted to a variety of areas whether civil or commercial in nature.

Moreover, the advent of the single European market has also increased the movement of goods and of people across the European Union. Unfortunately, it also has increased the number of disputes involving nationals of different Member States. These cross-border disputes add another dimension of complexity to already complicated issues. In this context, ADRs are regarded as an important element in the attempt to provide fair and efficient dispute-resolution mechanisms at EU level.

**Aim of mediation.** - Mediation is an excellent way of conflict resolution for several reasons. First of all, mediation provides better access to justice, in terms of speed and lower cost compared to traditional litigation or arbitration.

Secondly, it avoids the confrontation of the parties that is inherent in the judicial process and enables the maintenance of personal relationships between the parties beyond their dispute. Finally, mediation allows creative solutions in order to avoid disputes getting to court.

It also permits parties to resolve disputes raised by cross-border complex legal issues, such as conflicts of laws<sup>416</sup>. It is also a less formal procedure.

Finally, disputing parties are more likely to comply with an agreement crafted by themselves than decisions rendered by the seized court<sup>417</sup>.

**Directive 2008/52/EC.** - The European Directive on certain aspects of mediation was adopted on the 21<sup>st</sup> of May 2008<sup>418</sup>.

---

<sup>416</sup> S. COLE, "Online Mediation: Where We Have Been, Where We Are Now, And Where We Should Be", [2006] 38 *University of Toledo Law Review*, p. 205.

<sup>417</sup> J. DIÉGUEZ, "Mandatory Online Mediation for European Consumers: Legal Constraints and Policy Issues", [2008] *Rutgers Computer and Technology Law Journal*.

<sup>418</sup> Directive 2008/52/EC of the European parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters, [2008] *OJ*, L 136/3.

Vice-President Viviane REDING, EU Commissioner for Justice expressed her views on this directive stated that: *“These EU measures are very important because they promote an alternative and additional access to justice in everyday life. Justice systems empower people to claim their rights. Effective access to justice is protected under the EU Charter of Fundamental Rights. Citizens and businesses should not be cut off from their rights simply because it is hard for them to use the justice system and because they cannot afford it, cannot wait for their time in court, or cannot deal with the red tape”*<sup>419</sup>.

## **B. Overview of Directive 2008/52/EC**

**Purpose.** - The purpose of Directive 2008/52/EC<sup>420</sup> is to encourage and facilitate mediation as an alternative form of resolution for cross-border disputes in the EU (with the exception of Denmark). That sounds good in principle but a closer look at the Directive shows it does not aim to change existing national laws very much.

It defines mediation as including processes in which two or more parties to a cross-border dispute attempt by themselves, voluntarily, to reach an amicable agreement on the resolution of their dispute with the help of a mediator<sup>421</sup>.

It defines mediation as including processes in which two or more parties to a cross-border dispute attempt by themselves, voluntarily, to reach an amicable agreement on the resolution of their dispute with the help of a mediator<sup>53</sup>. It does not apply to rights and obligations which the parties have not freely available under applicable law, which limits its application in family law.

In essence, the Directive is aimed at encouraging the use of mediation in civil and commercial matters and in addition to make uniform across the Member States of the European Union the legal status of certain principles of the mediation practice. It is important to note that states are faced with the challenge of having to enact laws, regulations and/or administrative provisions which are consistent with the stated provisions in the Directive but all the Member States (excluding Denmark)<sup>422</sup> are free to do so pursuant to laws of their own making.

Michel KALLIPETIS Q.C. underlined that especially the Eastern European newcomers to the European Union had to date been benefiting from extensive mediation training and that mediation, not for historical reasons alone, appeared to be well-established in the East<sup>423</sup>.

**Cross-border disputes.** - The Directive only applies to cross-border disputes<sup>424</sup> which concern civil and commercial matters and it excludes, amongst other things, disputes in family, employment law, community law and

---

<sup>419</sup> European Commission calls for saving time and money in cross-border legal disputes through mediation, IP/10/1060, 20 August 2010.

<sup>420</sup> Article 1, §1 of Directive 2008/52/EC.

<sup>421</sup> Article 3 of Directive 2008/52/EC.

<sup>422</sup> Article 1, §3 of Directive 2008/52/EC.

<sup>423</sup> G. BLANKE, “The Mediation Directive: What will it Mean for Us?”, [2008] 74 *Arbitration*, p. 442.

<sup>424</sup> Article 1, §2 of Directive 2008/52/EC.

administrative actions<sup>425</sup>.

Article 2, §1 states that for the purpose of the directive, a cross-border dispute shall be one in which at least one of the parties is domiciled or habitually resident in a Member State other than that of any other party on the date on which:

- (a) the parties agree to use mediation after the dispute has arisen;
- (b) mediation is ordered by a court;
- (c) an obligation to use mediation arises under national law; or
- (d) for the purposes of Article 5 an invitation is made to the parties.

Directive 2008/52/EC applies when one party to the dispute is domiciled in a different member State from that of the other party and when national law requires mediation to be used in similar domestic disputes or when a court seized of the dispute invites the parties to have recourse to mediation.

The determination of the domicile of the parties shall be in accordance with Articles 59 and 60 of Regulation (EC) n°44/2001. The Court shall apply its internal law in order to determine whether a party is domiciled in the territory of the Member State to which he belongs. If there is no positive response, the court will apply the law of that State in determining whether that party is domiciled in another Member State. Companies and corporations are, for their part, residents here where they have their registered office, central administration or principal place of business.

The appreciation of the foreign element of the dispute within the meaning of Article 2.1 of the Directive 2008/52 takes place either when the parties agree to mediation after the dispute arises, or the date on which mediation was ordered by a court or when an obligation to use mediation takes effect under national law and is finally on the date on which the parties are invited to submit to mediation by the courts seized of the matter. In other words, the fact that the parties domicile (or are ordinarily resident) in the same country after agreeing to mediation, even does not affect the application of the Directive, after it was ordered by a court, after the obligation to use to mediation or to be born after the parties have been invited by a court to resort to mediation<sup>426</sup>.

**Main rules.** - The Directive contains three basic rules:

*(i) The first one*, established in Article 5 of the Directive 2008/52/EC implies a judge in Europe must have the right to propose mediation to the parties at some point in the proceedings as it deems appropriate. The judge may also invite parties to attend an information meeting on mediation. This section is the only measure contained in the proposal that promotes directly and specifically the use of mediation. Other rules indirectly encourage the use of mediation by establishing a sound relationship between mediation and judicial proceedings.

---

<sup>425</sup> Article 1, §2 and Recital 10 of Directive 2008/52/EC.

<sup>426</sup> Th. BOMBOIS & P.-P. RENSON, "La directive du 21 mai 2008 'sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale' et sa transposition en droit belge", [2009] *European Journal of Consumer Law*, vol. 2-3, p. 521.

The first rule is to ensure proper coordination between the courts and mediation for the effect of the mediation agreement (art. 6). As it stands, a settlement agreement resulting from mediation is a simple contract between the parties. The Directive gives them more: it obliges Member States to establish a mechanism by which mediation agreements become binding if the parties to the dispute agree. This can be done, for example, through a probate court or a deed executed before a notary. The Directive leaves the choice to member states. The agreement thus obtains a legal status equal to that of a trial or a deed.

Some states already allow members to use a mediation enforcement order but other member states do not allow it. The binding order can be recognized and enforced in all Member States under existing Community instruments on the Recognition and Enforcement of Judgments judiciary, in particular Regulation No 2201/2003 or Regulation 4 / 2009 on maintenance obligations.

This will not affect the system of mutual recognition established by these regulations. The possibility of a settlement agreement made enforceable is not without limits: the contents of the agreement clearly should not be contrary to the applicable national law.

*(ii) The confidentiality of mediation* (art. 7) seems essential in any ADR success because it helps ensure the openness of the parties and the sincerity of communication during the procedure.

On the one hand, the confidentiality of mediation, *i.e.* the contractual obligation on the parties and the mediator not to disclose the information exchanged during mediation, may be waived if parties agree to exchange information if they wish. The directive does not change this situation.

On the other hand, the Directive ensures that mediation takes place in an atmosphere of confidentiality because the statements made by the parties during mediation may not be used in a subsequent arbitration or judicial proceedings. To this end, the directive provides that, unless the parties agree, the mediator may not be called as a witness or give evidence in subsequent arbitral or judicial proceedings between the parties to mediation. There are exceptions (protection of interests of children...).

*(iii) The mediation is likely to prevent parties from bringing an action in court* to the extent that the mediation does not suspend or interrupt the statute of limitations and prescription periods.

Some national laws already provide for this purpose today, but it is far from being the case everywhere. The Directive (Article 8) assures the parties that, when bringing mediation, the limitation periods are suspended or terminated to ensure they do not lose their right to appeal a court or arbitration of the case because of time spent in mediation.

## C. Online mediation

The online consumer dispute is a good choice for ADR because such disputes are usually fairly simple, involving issues or delivery, refunds, replacements, and the like. It is often called ODR (online dispute resolution).

Online mediation is generally considered as a broad concept, which includes everything from automated blind-bidding procedures and e-mediators, to online mediation platforms with a human facilitator and case management programs<sup>427</sup>.

In online mediation the role of the mediator remains the same, but the selection of techniques changes. The flexibility that features the mediation procedure makes it particularly appropriate for being conducted primarily online. ODR platforms are designed to facilitate the negotiation among their users by encouraging the discovery of positive common points that may result in agreements. Thus, online mediation is any dispute resolution process that is directed by a third neutral party (generally a human mediator) which does not impose the resolution, but assists the parties in resolving their dispute by communicating largely through the Internet<sup>428</sup>.

Such disputes can be resolved using fairly elementary tools such as email, which should be accessible to consumers who have used the Internet to make online purchases and which require little technical expertise to use. The consumer who has the skills to conclude online transactions likely has the skills to use email.

The small euro value of many online consumer disputes lends itself to the more cost-efficient ODR, rather than offline ADR/mediation or Small claims court<sup>429</sup>.

In fact, if it weren't for the availability of ODR, many online consumer disputes might have no practical arena for resolution. For certain e-commerce disputes, ODR may be the only medium realistically available for resolution, given the offline problems of obtaining jurisdiction over and enforcing judgments against non-resident defendants<sup>430</sup>.

## Conclusion

Cross-border debt collection in consumer dispute leads to many difficulties. The main one is the access to justice as consumers are generally not aware of their rights and legal proceedings may be expensive.

The major difficulty in order to sue a counterpart based in another Member States is the determination of the competent Court. With this regard, Regulation (EC) n°44/2001 states the general rules applicable and offers

---

<sup>427</sup> A. NADJA, "Fall 2005 Dispute Resolution Institute Symposium: Mobile Mediation: How Technology is Driving the Globalization of ADR", [2006] 27 *Hamline Journal of Public Law and Policy*, p. 245.

<sup>428</sup> J. DIÉGUEZ, "Mandatory Online Mediation for European Consumers: Legal Constraints and Policy Issues", *Rutgers Computer and Technology Law Journal*, 2008.

<sup>429</sup> Regulation (EC) n°861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, [2007] *OJ*, L 199/1.

<sup>430</sup> N. SOLOVAY & C. REED, *The Internet and dispute resolution: untangling the Web*, New-York, Law Journal Press, 2003, n°3-24.

consumers some derogations in order to enhance their protection.

However, this international private law issue is the first step in order to bring a legal action. This action may be disproportionate, on time and value, in comparison with the amount of the debt a consumer wants to recover.

As a result, the European Commission has adopted the Directive 2008/52/EC on mediation which aims at facilitating cross-border disputes involving consumers. After recalling the main characteristics of the Directive, we have also stress that online mediation, a variant of mediation, could also lead to more effective results.

These two issues offer the possibility to stress how difficult it could be for a consumer to recover debt from a counterpart based in a foreign country. In this view, a consumer has a first choice to make: bringing a legal action or trying the mediation. We believe the second option will be encouraged in the near future as it is less expensive and more speedy than traditional legal action.

# SCOPE OF APPLICATION OF EU LAW IN THE JUDICIAL PROCEDURES OF DEBT COLLECTION IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS<sup>431</sup>

Mikael Berglund<sup>432</sup>

## Summary

The interest of a more imitate, efficient, and proportionate access to civil justice in EU law requires some changes. Motivated changes are the abolishment of *exequatur* proceedings, the private creditor shall, as a service measure to him, be able to file an application for enforcement directly to the Member State of origin of the title of execution, instead of to the Member State of actual enforcement, decisions on interim measures in *ex parte* proceedings shall be recognized, and access to information for enforcement purposes shall, after a title of execution, be improved in both the cross-border and national contexts.

## Key words

Recognition, enforceability, mutuality, grounds of refusal, interim measures, damages, and access to information for enforcement purposes.

## 1. Introduction

The subject here to be treated is the scope of application of EU law in the judicial procedures of debt collection in civil and commercial matters. Due to the complexity of the subject it is not here possible in details to treat all possible aspects of it. Therefore, the treatment is limited to some aspects of recognition and enforceability, interim measures, grounds of refusal, and access to information for enforcement purposes after a title of execution in the cross-border context. The treatment of the subject departs from my legal thesis *Cross Border Enforcement of Claims in the EU – History, Present Time and Future*, published in 2009.<sup>433</sup> However, frequent references are also made to other works and sources, including later legal developments.

The subject is treated by comparing the European Enforcement Order for uncontested claims<sup>434</sup>, the European Order for payment procedure<sup>435</sup>, the European Small Claims Procedure<sup>436</sup> and in particular the Brussels I

---

<sup>431</sup> Lecture of Dr. Mikael Berglund, Enforcement Director/Lawyer, Enforcement Authority, Stockholm, held during 23 September 2010 at the international scientific conference *Access to civil justice - Simplification of Debt Collection in the EU* - organized by the University of Maribor, Faculty of Law, Slovenia.

<sup>432</sup> Contact address: Högbergsgatan 54, 3 tr., 118 26 Stockholm, Sweden. E-mail: mikael.h.berglund@comhem.se.

<sup>433</sup> Berglund, Mikael, *Cross Border Enforcement of Claims in the EU – History, Present Time and Future*, No. 65 in the series *European Monographs of Kluwer Law International*, the Netherlands, 2009. Further references to this work in the text is only made by reference to Berglund.

<sup>434</sup> Regulation (805/2004/EC) of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims. The regulation originates from the initiative and proposal of the French union of *Huissier de Justice* at a meeting in Paris during 3 and 4 June 1993, arranged by *l'Union Internationale des Huissiers de Justice et Officiers Judiciaires*, to create a *Titre Exécutoire Européen* for uncontested claims and is mainly based on features close to some national proceedings of injunction to pay, see Berglund, p. 70.

<sup>435</sup> Regulation (1896/2006/EC) of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure.

<sup>436</sup> Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure.

regulation<sup>437</sup> to some conventions in the civil law area and to some EU law in the public law area, mainly to the Recovery directive, its implementing regulation, and the new Recovery directive.<sup>438</sup>

The purpose is to discuss and try to draw some conclusions about possible future ideas of developments and improvements in EU law in the judicial procedures of debt collection in civil and commercial matters.

## 2. EU-regulations and Conventions in Civil and Commercial Matters

The establishment of new European States and their increasing interdependency in different areas under the 19-20<sup>th</sup> centuries gave rise to the need to increase the level of mutual co-operation through conventions, i.a. in the area of recognition and enforcement of foreign civil law judgments.<sup>439</sup>

After the establishment of the EC, and particularly during recent years, developments in the European cross-border context have been strongly affected by new EU law. This has meant a development of simplification in the sense that EU regulations have replaced a lot of conventions in the area of recognition and enforcement of foreign contractual claims.<sup>440</sup>

### 2.1 Recognition and Enforceability

A more recent development trend aiming at simplification and increased efficiency in the judicial procedures of debt collection in the cross-border context is that specific regulations have been created as options of application to the Brussels I regulation. These regulations in the area of commercial matters, which provide for automatic recognition and enforceability, are the European Enforcement Order for uncontested claims<sup>441</sup>, the European Order for payment procedure<sup>442</sup>, and the European Small Claims Procedure<sup>443</sup>.

Still, the Brussels I regulation provides for exequatur proceedings, even if that may be changed in a possible future as a consequence of the recent European Council's reform programme, the Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens which emphasizes the importance of mutual trust and a further developed cooperation through i.a. the abolishment of exequatur proceedings.<sup>444</sup>

---

<sup>437</sup> Council regulation (44/2001/EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

<sup>438</sup> Council Directive 2008/55/EC of 26 May 2008 on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures (Codified version), (Recovery directive) and the Commission regulation (EC) No 1179/2008 of 28 November 2008 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Council Directive 2008/55/EC on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures, (Implementing recovery regulation). The present Recovery directive is replaced by Council Directive 2010/24/EU of 16 March 2010 concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures, (new Recovery directive). The new directive enters into force on 1 January 2012 and provides for an even more advanced cooperation than the present directive.

<sup>439</sup> See, about an overview of the development of conventions and the earlier historical impact of common European influences on national laws in the enforcement- and insolvency areas under the periods of Roman law, the Middle Ages and 1500-1806, Berglund, pp. 43-69.

<sup>440</sup> Art. 69 of the Brussels I regulation.

<sup>441</sup> Art. 5.

<sup>442</sup> Art. 19.

<sup>443</sup> Art. 20.

<sup>444</sup> Section 1.2.1. Mutual trust compared to section 3.1.2. Civil law.



In contrast to the Brussels I regulation, the regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations provides for automatic recognition and enforceability.<sup>445</sup> Also, in contrast to the Brussels I regulation and the more recent regulations in commercial matters, there exists in the regulation in the maintenance area a practical and efficient matter of service to a private creditor. This is a possibility for him to file an application for enforcement, by the use of a multilingual officially approved form, to the competent authorities of enforcement in the Member State of origin of the title of execution, instead of filing it directly to the corresponding authorities of actual enforcement in another Member State. The Member State of origin should, according to the regulation in the maintenance area, then be obliged to transfer the application to the competent body of actual enforcement in the other Member State.<sup>446</sup>

An early example of developed mutual trust and advanced simplification in the enforcement area of comparative interest is the still valid Nordic convention regarding the enforcement of maintenance claims from 1962.<sup>447</sup> The convention provides an example of recognition without any demand for a declaration of enforceability, which only requires an application by the creditor in an ex parte proceeding for the actual enforcement of the original title of execution and if necessary, completed with a certificate of its enforceability issued in the contracting State of origin of the title.<sup>448</sup> As a practical matter of service to a private creditor a possibility exists for him to file an application for enforcement under the convention to the competent authorities of enforcement in the State of origin of the title of execution, instead of filing it directly to the corresponding authorities of actual enforcement in another State.<sup>449</sup>

Another early example of developed mutual trust and advanced simplification in the enforcement area of comparative interest is the still partially valid Nordic framework convention on recognition and the enforcement of judgments in civil matters from 1977<sup>450</sup>, which refers most issues, e.g. the enumeration of titles of execution included under its scope of application, to be determined through similar enacted laws in the Nordic States.<sup>451</sup> It constitutes an example of recognition without any demand of declaration of enforceability in the co-operation of Nordic States. The convention only requires an application from the creditor in an ex parte proceeding for the actual enforcement of the original title of execution. A judgment, another decision and a settlement in a matter of private law, which have been given, or entered into, in a contacting State shall, according to the Nordic convention,

---

<sup>445</sup> Art. 17 of Council regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

<sup>446</sup> Arts. 51.1 a) and 55.

<sup>447</sup> Convention between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden regarding the enforcement of maintenance claims, done in Oslo on 22 March 1962, as amended in Oslo on 25 February 2000.

<sup>448</sup> Art. 1, first paragraph, which stipulates that the relevant titles of execution, which are enforceable in one contracting State shall, upon request, be enforced forthwith in any of the other contracting States. The authority, which is to effect recovery, may, according to art. 3, first paragraph, if it appears necessary to do so, request a certificate to the effect that the judgment, decision, ruling or undertaking meets the conditions for enforcement laid down in art. 1, first paragraph.

<sup>449</sup> Art. 2, second paragraph, as amended in 2000.

<sup>450</sup> Convention between Sweden, Denmark, Finland, Iceland and Norway on recognition and the enforcement of judgments in civil matter, done at Copenhagen on 11 October 1977. The convention is now only partially valid between the Nordic States and in relation to the remaining scope of claims in their quality of titles of execution not covered by the Brussels I regulation, the Brussels convention and the Old Lugano convention. See Berglund, pp. 146-147, where this is further developed in more details, and about examples of recognized and enforceable titles of execution in the remaining areas of application from the Norwegian and Swedish enacted legislations related to the convention.

<sup>451</sup> Art. 1 compared to art. 2, paragraph 2 of the convention. See, for further information about the national legislations of the Nordic States and about the Co-operation agreement between these States from 1962, Berglund, p. 74.

with some exceptions<sup>452</sup>, be recognized and enforced in another contracting State according to the legislation of that State.<sup>453</sup>

## 2.2 Grounds of Refusal

Grounds of refusal of enforcement, which the debtor is entitled to raise upon application to the competent court in the Member State of enforcement, exist in the European Enforcement Order for uncontested claims<sup>454</sup>, in the European Order for payment procedure<sup>455</sup>, and in the European Small Claims Procedure<sup>456</sup>. There exist grounds of non-recognition of a judgment in the Brussels I regulation.<sup>457</sup> A ground of non-recognition of a judgment, which is to be used but in exceptional situations, is if such recognition is manifestly contrary to public policy in the Member State in which recognition is sought.<sup>458</sup>

## 2.3 Interim Measures

A judgment may, under the Brussels I regulation, relate both to the judgment terminating the proceeding and orders made by a court in a proceeding *inter partes* on interim measures<sup>459</sup>, which in national laws have the purpose to provide the plaintiff a provisional legal protection, often within the narrow sense and with the aim to preserve the actual and legal status quo positions during the time before a final judgment, expressed as provisional and protective measures, or sequestration.

The existence and concept of such interim measures differ between the Member States, as evident from the Brussels I regulation, which refers to provisional, including protective, measures as may be available under the law of a State.<sup>460</sup> In some Member States such measures are not available, whereas in other Member States they are, but sometimes under differing conditions.

The finality, *res judicata*, of a judgment is not a prerequisite for its recognition in other Member States, and, therefore, provisionally enforceable instruments are recognized under the Brussels I regulation.<sup>461</sup> However, as long as an *exequatur* proceeding has not been terminated, the enforcement of a foreign judgment is restricted to protective measures which do not allow any realization of the claim.<sup>462</sup>

---

<sup>452</sup> Art. 2.

<sup>453</sup> Art. 1.

<sup>454</sup> Art. 21.

<sup>455</sup> Art. 22.

<sup>456</sup> Art. 22.

<sup>457</sup> Arts. 34-35.

<sup>458</sup> Art. 34, 1.

<sup>459</sup> Art. 33, 1.

<sup>460</sup> Arts. 31-32.

<sup>461</sup> Art. 47, 1-2 compared to art. 31.

<sup>462</sup> Art. 47, 3.

## 2.4 Access to Information for Enforcement Purposes in the Cross-Border Context

There exists no sufficiently efficient EU regulation in force in commercial matters, which provides possibilities for an international exchange of information related to contractual claims in enforcement matters by means of communication between the regulated enforcement agents in the Member States of the EU for the benefit of the contractual and commercial creditor.

There exist, however, an interesting solution of comparative interest in the maintenance area. The regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations includes some rather advanced provisions on a co-operation between central authorities, as representatives for a creditor, for an exchange of information for the purpose to recover efficiently a maintenance claim, on the access to information and on the notification of information to the debtor.<sup>463</sup>

Also, there exist some ideas and proposals for a solution on this issue in commercial matters. These are a draft proposal on an “International legal instrument on the mutual co-operation between European enforcement authorities in the European Union for the exchange of information for enforcement purposes related to private and public claims” (a Euro- Information Assistance System for the exchange of information regarding the enforcement of claims)<sup>464</sup>, the report Nordic co-operation in recovery matters to the Nordic Council of Ministers, including a proposed Nordic agreement on the exchange of information in recovery matters<sup>465</sup>, a proposal for a European Asset Declaration<sup>466</sup>, and a proposal for a European Garnishee’s Declaration<sup>467</sup>.

## 3. EU law in the Public Area

The Recovery directive, its implementing regulation, and to some extent the new Recovery directive, are here treated.

### 3.1 Recognition and Enforceability

The instrument permitting enforcement of the claim shall, according to the Recovery directive, be directly recognised and automatically treated as an instrument permitting its enforcement of a claim of the applicant

---

<sup>463</sup> Arts. 50.1 a), 51.1 c) and 61-62.

<sup>464</sup> This idea was originally proposed in 1997 by Berglund in a presentation “Mutual co-operation for the exchange of information for enforcement purposes related to private and public claims or is a euro-enforcement information assistance system for the exchange of the information needed ?” at the seminar in Helsinki 17-18 March 1997 about “Possibilities for European enforcement” held by the Finnish Ministry of Justice.

<sup>465</sup> Nordiskt samarbete om indrivningsfrågor (Nordic co-operation in recovery matters), report to the Nordic Council of Ministers of July 2002, TemaNord 2002:549.

<sup>466</sup> The proposal of establishing a European Assets Declaration is intended to achieve that debtors would be obliged to disclose their assets throughout the European Judicial area (“cross-border” disclosure). The declaration would be made on a standard form available in all Community languages. The minimum standards would be set for the Declarations conditions, content and related sanctions in order to encourage uniformity across Member States and, as a result, creditors would have equal access to information about assets within the European Judicial Area, while debtors within the internal market would receive equal protection. In addition, the present practice of information shopping within the European Judicial Area would be reduced, see for further details European community Study JAI/02/03/2002, B, V, 5 and E, III, 1.

<sup>467</sup> A European Garnishee’s Declaration has been proposed to oblige third-party debtors to give information on the assets seized on the basis of a proposed European Garnishment Order for Bank Accounts, see European community Study JAI/02/03/2002, E, III, 3. Also compare Green paper Effective enforcement of judgments in the European Union: Transparency of Debtors’ assets, Commission of the European communities, COM (2008) 128 final about a discussion on what measures could help to ensure that the creditor obtains reliable information on the debtor’s assets within a reasonable period of time.

Member State.<sup>468</sup> The requested Member States have, however, an option, where appropriate and in accordance with their national laws, to supplement, or replace, this instrument by an instrument of their own, which authorises the enforcement of an instrument from other Member States.<sup>469</sup> However, according to the new Recovery directive, the instrument permitting enforcement of the claim shall be directly recognised and automatically treated as an instrument permitting its enforcement of a claim of the applicant Member State, without the possibility of any further national formalities.<sup>470</sup>

### 3.2 Grounds of Refusal

There exist several grounds of refusal in the Recovery directive and in the Implementing recovery regulation.<sup>471</sup> A ground of refusal is that a requested Member State is not obliged, under the Recovery directive, to supply information, which would be contrary to the public policy of that State.<sup>472</sup> Another ground of refusal is that a requested Member State is not obliged to recover a tax liability to the extent that the recovery of such a claim would, because of the situation of the debtor, create serious economic or social difficulties in the requested State in so far as the requested State's legislation allows such action for similar national claims.<sup>473</sup> Yet another ground of refusal, according to this directive, is that Member States are not obliged to recover tax claims of other Member States, which are more than five years old.<sup>474</sup>

### 3.3 Interim Measures

The existence and concept of a decision on interim measures, such as precautionary measures, differ in comparison between the Member States of the EU in relation to tax claims, as is evident from the Recovery directive, which states that the requested authority shall take precautionary measures to ensure recovery of a claim in so far as the laws or regulations in force in the Member States in which it is situated so permit.<sup>475</sup>

A decision of precautionary measures from an applicant Member State shall, according to the new Recovery directive, be directly recognized and automatically treated as an instrument permitting enforcement of a claim of the Member State in which the requested authority is situated, i.e. without the possibility of any further national formalities.<sup>476</sup>

### 3.4 Access to Information for Enforcement Purposes in the Cross-Border Context

The Recovery directive stipulates that, at the request of the applicant Member State, the requested Member State shall provide any information, which could be useful to the applicant authority in the recovery of its claim and the

---

<sup>468</sup> Art. 8, 1.

<sup>469</sup> Art. 8, 2.

<sup>470</sup> Art. 10 compared to art. 12.

<sup>471</sup> Arts. 4 and 14 of the Recovery directive and arts. 25-26 of the Implementing recovery regulation.

<sup>472</sup> Art. 4, 3 c).

<sup>473</sup> Art. 14 compared to article 6.

<sup>474</sup> Art. 14, b), first part.

<sup>475</sup> Art. 13.

<sup>476</sup> Art. 10 compared to art. 12.

requested authority shall, in order to obtain this information, make use of the powers provided under the laws, regulations, or administrative provisions, applying to the recovery of similar claims arising in the Member State where the authority is situated.<sup>477</sup>

Consequently, the Recovery directive requires that a request for information shall be treated as if a similar claim of recovery existed in the requested State, although such a recoverable claim against a debtor, based on a title of execution from another Member State, has not yet been subject to recognition in the requested State, which means that there exists no formal debtor in this sense in the requested State.

A request, or several requests in parallel<sup>478</sup>, for information from an applicant State, under the Recovery directive, shall indicate some basic facts in relation to the person concerned<sup>479</sup>, and may relate to the debtor, the co-debtor, and any third party holding assets belonging to the debtor and the co-debtor<sup>480</sup>, but may sometimes not oblige a requested State to supply information<sup>481</sup>, and shall in case of refusal be notified to the applicant State with a statement of the reasons of refusal<sup>482</sup>. Information sent to the requested authority under the Recovery directive may only be further communicated by that authority to the person mentioned in the request, persons and authorities responsible for the recovery of the claims, and solely for that purpose, and the judicial authorities dealing with matters concerning the recovery of the claims.<sup>483</sup>

## 4. Conclusions

### 4.1 Recognition and Enforceability

Provisions, which have become closer than before to an automatic recognition and enforceability of foreign titles of execution, i.e. without any, or few, requirements that special procedures, or further formalities, have to be fulfilled, have in recent years been entered into parts of EU law in the private and public law areas.

Examples are the European Enforcement Order for uncontested claims<sup>484</sup>, the European Order for payment procedure<sup>485</sup>, the European Small Claims Procedure<sup>486</sup>, the New social security regulation<sup>487</sup>, and the Insolvency regulation<sup>488</sup>. In contrast to the Brussels I regulation, both the regulation on jurisdiction, applicable law, recognition

---

<sup>477</sup> Art. 4, 1.

<sup>478</sup> Art. 3 of the Implementing recovery regulation.

<sup>479</sup> Art. 4, 2. Also see art. 3 of the Implementing recovery regulation.

<sup>480</sup> Art. 4 of the Implementing recovery regulation.

<sup>481</sup> Art. 4, 3.

<sup>482</sup> Art. 4, 4 of the Recovery directive and art. 7 of the Implementing recovery regulation.

<sup>483</sup> Art. 16.

<sup>484</sup> Art. 5.

<sup>485</sup> Art. 19.

<sup>486</sup> Art. 20.

<sup>487</sup> Art. 84, 2 of the Regulation 883/2004/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems. The regulation entered into force on 20 May 2004, and applies from 1 May 2010, the date of entry into force of its implementing regulation, Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems. The implementing regulation includes similar recovery provisions, see arts. 75-85, as compared to the Recovery directive.

<sup>488</sup> Arts. 16, 1 and art. 17, 1 of Council regulation 1346/2000/EC of 29 May 2000 on insolvency proceedings.

and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations<sup>489</sup>, and the new Recovery directive<sup>490</sup>, provide for automatic recognition and enforceability.

The provisions of mutual recognition in both the Brussels I regulation and in the Recovery directive are aimed at providing a developed and high degree of efficiency in the cross border context. However, still a mandatory provision for the declaration of the enforceability, in an exequatur proceeding, exists in this regulation. It decreases the level of efficiency in the cross border context even if it is aimed at safeguarding other interests, e.g. privacy, proportionality and legal certainty.

No optional provision for the declaration of enforceability exists in the new Recovery directive, which, however, is balanced off against other provisions in the same directive. These provisions take into account the interest of privacy and proportionality, e.g. the provisions on the liability of Member States to pay damages and cost to the extent that the recovery of a claim is established to have been unfounded.

The establishment of a better developed system of mutuality in the Brussels I regulation between the Member States of the EU is required for the enforcement of the titles of execution of a private creditor of origin from one Member State in another Member State by the abolishment of the exequatur proceeding in order to provide the private creditor a more immediate equal and efficient access to justice when he applies for the enforcement of his title of execution.

This better developed system of mutuality should be based on the EU principles of mutuality and mean that Member States should not oppose titles of execution from other Member States, despite differences in substantial law and in procedural law. This would contribute to better promote the free movement of judgments between the Member States of the EU. The EU principle of mutuality is in different areas developed towards the abolishment of intermediate measures and other obstacles, which are contrary to this principle, e.g. the provisions of exequatur proceeding.

The principle of equal treatment indicates that a private creditor of one Member State, who holds a nationally enforceable title of execution from that State, should not be unequally treated, so as to be subject to special provisions of exequatur proceeding, which are not applicable to a creditor of the enforcing Member State, who holds a national title of execution from that State.

The European Enforcement Order for uncontested claims, the European Order for payment procedure, and the European Small Claims Procedure are examples in the contractual law area, where provisions of exequatur proceeding have been abolished and an ex parte proceeding for enforcement has been introduced together with

---

<sup>489</sup> Art. 17 of Council regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations.

<sup>490</sup> See section 3.1.

provisions of grounds of refusal of enforcement and other guarantees. Consequently, a development of these community principles would in the case of the Brussels I regulation require the abolishment of provisions of exequatur proceeding related to titles of execution from one Member State of the EU in other Member States<sup>491</sup>, and the introduction of an ex parte proceeding for applications of enforcement of such titles of execution, together with sufficient guarantees.

An example of such a guarantee could be the posting of security by the creditor, decided upon by the regulated enforcement agent, related to enforcement proceedings of opposed claims, in order to create efficiency in the interest of the creditor, but also in the interest of protection of the debtor. This amount for security should be fixed at a level, which should be sufficient for the payment of any possible damages in compensation to the debtor, according to the legislation of the enforcing State. Such a development should be able to result in that creditors, who are able to present a nationally enforceable judgment from one Member State under the Brussels I regulation, would come into the same national position as a national creditor in another enforcing Member State, which would guarantee a more equal treatment of creditors and debtors in the European judicial area.

Such an idea of development would also correspond to the legal objectives related to the recent European Council's reform programme, the Stockholm Programme.<sup>492</sup>

As a practical and an efficient matter of service to a private creditor it should be contemplated to introduce a possibility for him to file an application for enforcement under the Brussels I regulation and the more recent regulations in commercial matters, by the use of a multilingual officially approved form, to the competent authorities of enforcement in the Member State of origin of the title of execution, instead of filing it directly to the corresponding authorities of actual enforcement in another Member State. The Member State of origin should then be obliged to transfer the application to the competent body of actual enforcement in the other Member State. Such services are already available to a creditor under the regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations and the Nordic convention regarding the enforcement of maintenance claims of 1962.<sup>493</sup>

It remains to be discussed to what extent and proportion private creditors, respectively the Member States, should pay for the services made available under such a possible service obligation under the four regulations in commercial matters, i.e. what possible fees creditors should pay, or not pay, to their national regulated enforcement agents.

---

<sup>491</sup> The regulation already provides the possibility of an automatic recognition through its art. 33, but not for automatic enforceability.

<sup>492</sup> See section 2.1.

<sup>493</sup> See section 2.

## 4.2 Grounds of Refusal

Grounds of refusal of recognition and enforcement exist in the four regulations of concern here in commercial matters. These provisions should be maintained as they are needed to protect the interests safeguarded by the European Convention on Human Rights Provisions, on which EU law frequently rely.

Provisions of public policy exist, although if not frequently, in the treated law areas, e.g. as a basis for non-recognition in the Brussels I regulation<sup>494</sup>, and as a basis for refusal of exchange of information for recovery purposes in the Recovery directive.

It may be argued that a possibly even more developed principle of mutuality in EU law may cause provisions of public policy to become unnecessary. On the contrary it may be argued that several rulings of the ECJ, where references are made to the European Convention on Human Rights, indicate that such provisions, which respond to the requirements of this convention, are important to maintain in EU law.

Another factor, which motivates a maintenance of provisions of public policy, is that the national legislations of the Member States will under a predictable time be likely to remain different and only to some extent be harmonized through EU law. It is therefore recommended to maintain such public policy provisions.

## 4.3 Interim Measures

Both the Brussels I regulation and the Recovery directive include provisions on interim measures. The regulation requires for its application the establishment of a title of execution in a proceeding inter partes on interim measures to be applicable, while this requirement has no counter part in the directive. This lack in the Recovery directive is, however, balanced off by other provisions in the same directive, which take the interest of privacy and proportionality into account, e.g. the provisions on the liability of Member States to pay damages and cost, to the extent the precautionary measures taken were unfounded. It may be possible to introduce some principal ideas of solutions from the Recovery directive into the works of reforming the provisions of interim measures in the Brussels I regulation. However, several other considerations have also to be taken into account, discussed and be subject to a more profound analysis, in this law area, which concern a two party relationship governed by civil law.

An idea, to further discuss, is the introduction of a requirement for the assumed private creditor of posting security at a sufficiently high level to compensate his private counter party if he finally loses the dispute. The aim of such an idea would be to obtain an order on interim measures in an ex parte proceeding, which is recognized and enforceable in other Member States, to achieve an efficient subsequent enforcement of that order and at the same

---

<sup>494</sup> See European community Study JLS/C4/2005/03, pp. 241-252, where the public policy provision of the Brussels I regulation, article 34, 1, is discussed. The study concludes, p. 250, that the application of substantive public policy has been proved to be a rare exception under article 34, 1, but, nevertheless, it can not be excluded that a substantive policy exception will still be needed in unavoidable and extreme situations.



time secure the interest of the assumed debtor.<sup>495</sup> Other ideas and considerations may be found in the context of the idea of cross border attachment of the debtor's financial holdings on accounts administered by garnishees, banks and other financial institutions. This is an issue, which has been treated in literature<sup>496</sup>, and also been subject to a proposal of introducing a European Garnishment Order for Bank Accounts<sup>497</sup>.

The debtor's freedom of transferring money from his bank accounts in one Member State to bank accounts in other Member States is a right of free movement of capital and payments based on the Treaty on the Functioning of the European Union.<sup>498</sup> The debtor is therefore at liberty to transfer his money, several times per day if he would like, between his bank accounts in the Member States of the EU. His exercise of this legitimate liberty may, however, be harmful to his creditors to the extent they do not dispose of any effective interim measures, which are recognized and enforceable in other Member States in the cross border context corresponding to such transfer of money.

#### **4.4 Access to Information for Enforcement Purposes in the Cross-Border Context**

The lack of efficient access to information for enforcement purposes in commercial matters, after a title of execution, results, not only in the national context, but also in the international context, in that the value of the title to a creditor is reduced only into a beautiful picture that he could put on his wall, while the debtor despite of the title actually still may continue undisturbed to dispose over and move his assets.

Despite the European Council's Tampere conclusions<sup>499</sup>, reaffirmed in the Council's Hague Programme<sup>500</sup>, there exists no EU law in the civil commercial law area, which provides possibilities for an exchange of information between Member States related to contractual claims in enforcement matters by means of communication between the regulated enforcement agents in the Member States for the benefit of the contractual and commercial creditor.<sup>501</sup> There exist, however, several ideas and proposals for a solution on this issue.<sup>502</sup>

The idea of an introduction in European community law of a European Assets Declaration, which would require the debtor to declare his assets on the initiative of a private creditor, in an affidavit, or other corresponding official document, to the enforcement agents, or in court in a matter of enforcement is to encourage uniformity across

---

<sup>495</sup> See, for a similar idea of development, European community Study JLS/C4/2005/03, p. 363, where it is suggested that article 31 of the regulation should be supplemented by the following provisions: "(2) In the case of an order for interim measures the court shall make the enforcement of the order dependent on the providing of a bank guarantee (on conditions to be specified by the court) for repayment or damages due whenever the applicant should be finally unsuccessful in the proceedings for the substance of the matter. In order to avoid unusual hardship, however, the court may grant the applicant an exception. (3) The court vested with jurisdiction for, and seized by either party with the substance of the matter has power to discharge, to modify or to adapt to its own legal system any provisional measure granted by a court of another Member State."

<sup>496</sup> See European community Study JAI/02/03/2002, C, II and III compared to E, III, 2, Jeuland, *Les garanties de la saisie européenne de créances bancaires, Le droit processuel et le droit de l'exécution*, pp. 395-406, Kennett, *The Enforcement of Judgments in Europe*, pp. 250-285, Kerameus, *Enforcement proceedings*, p. 77, about a bank as garnishee, de Leval, *Subject of the proceedings, The execution of court decisions in civil cases*, p. 53 and appendix II, pp. 78-81, and de Leval and Georges, *La saisie-arrêt bancaire dans l'union européenne, L'efficacité de la justice civile en Europe*, pp. 185-204.

<sup>497</sup> See Green paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts compared to European community Study JAI/02/03/2002, E, III, 2.

<sup>498</sup> Art. 63 of Treaty on the Functioning of the European Union, as last amended by the Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007.

<sup>499</sup> Presidency conclusions, European council 15 and 16 October 1999.

<sup>500</sup> European Council, the Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union.

<sup>501</sup> See III, 2.1 of the Hague Programme of the European Council about improving the exchange of information and III, 3.4.1 of the same Programme about facilitating civil law procedures across borders.

<sup>502</sup> See section 2.4 and Berglund, pp. 227-229 and 234-242, for a more detailed account of ideas and proposals and about his conclusions and evaluation.

Member States. This is intended to result in that creditors would have equal access to information about assets, while debtors would receive equal protection.

This idea comes close to the concept of a general disclosure of information in insolvency proceedings, e.g. in a bankruptcy. The objectives of insolvency and enforcement proceedings are, however, not identical, even if one similar feature exists, the realization of the assets of the debtor in the interest of the creditor. Still, other important objectives and structures of insolvency are different from those of enforcement.

Therefore, the principle of universality, as implemented in the area of general civil execution, in bankruptcy and in the area of international insolvency proceedings does not seem to be suitable to be introduced for the search for information for enforcement purposes in the area of special execution, the enforcement area, in a European Assets Declaration.

The concept of a general disclosure of information in a European Assets Declaration also risks to include more sources of information related to the assets of the debtor in the Member States than needed for the purpose of enforcing the claim of a creditor in the debtor's assets and may consequently, from the perspective of the debtor, be disproportionate in relation to his interest of privacy. On the other hand, it satisfies the right of a creditor to obtain all information in the European judicial area related to the debtors' assets in order to make a choice between them in a matter of enforcement.

There exist States in which only the enforcement agent determines what measures of enforcement to undertake, but also States where the creditor has an almost completely free choice as to the method of enforcement to be adopted.

503

The actual choice of the assets suitable for seizure should, however, not, for reasons of efficiency and privacy, be entrusted to the creditor, even if he may express his preference of choice, but instead to the regulated enforcement agents. The reason is that these agents have the task to establish a justified and proportionate balance in terms of access to information for enforcement purposes, in the enforcement proceeding, between conflicting interests, i.e. to make use of no more, or less, information than needed.

It may be argued that States, which allow an intervention by the creditor in the enforcement process by giving him a right to issue instructions to the enforcement organs, the regulated enforcement agents, about the actual choice of assets suitable for seizure, may risk that these agents violate the principle of proportionality of the European

---

<sup>503</sup> See Kennett, *The Enforcement of Judgments in Europe*, pp. 89-90, who makes a distinction between jurisdictions in which one enforcement agent can undertake any of the measures of enforcement provided by the law (e.g. in Sweden and in France, where in this latter State the creditor will normally leave the choice to be exercised by the French *Huissier de Justice*) and those where different agents have different responsibilities (e.g. in England and Germany, where the creditor has an almost completely free choice as to the method of enforcement to be adopted). She further finds that where the choice of methods of enforcement is concentrated in the hands of one enforcement agent, and in particular an agent with good access to information about the debtor, a level of flexibility and speed of action becomes available which enhances the likelihood of effective enforcement and that traditional structures for enforcement which rely on the compartmentalizing of responsibilities and co-operation and control by the creditor look rather clumsy in comparison.

Convention on Human Rights in their activities in a non-proportional and harmful way in relation to the debtor. Such a violation may occur if they, following the instructions of indicated information from the creditor about the assets of the debtor, e.g. would decide to seize a property of real estate of the debtor for a small claim, without having first acquired alternative information, which used, might instead have produced a more proportionate and less harmful measure of enforcement in relation to the debtor, such as the attachment of his earnings from his employer.

The approach of the European Assets Declaration of a general disclosure of information from the debtor in a declaration about his assets in the European judicial area risks, anyway, even to the extent it would be possible to argue that a justified balance between the conflicting interests of the debtor and the creditor is possible to establish, to be contrary to the interest of efficiency of the creditor for several reasons. The declaration only covers information from the debtor, not access to information from independent sources of information of a reliable and official status. The debtor may also, despite a threat of sanctions, refuse to declare his assets, or provide insufficient, or incorrect, information in his declaration. If the debtor disappears, a declaration becomes impossible.<sup>504</sup> If, in addition, the debtor repeatedly changes his domicile from one Member State to other Member States, the creditor risks having to apply for a European Assets Declaration correspondingly, i.e. in several Member States, before such a declaration can be obtained.

A demand from a private creditor of a European Assets Declaration seems only possible if it forms part of an application for enforcement measures, based on his title of execution. Otherwise no enforcement matter is established as the necessary legal basis for the declaration.<sup>505</sup> If the private creditor receives useful information from the debtor from his European Assets Declaration, he would still have to make an application for the enforcement of his claim, based on his title of execution, in one or several other requested Member States in parallel, where the assets of the debtor have been indicated by the debtor. The enforcement agents of these requested States would, based on the applications, also have to review and evaluate the indicated information from the creditor in relation to other possible sources of information available about the debtor's assets as an integrated part of the actual enforcement proceeding. This is motivated in order to establish a justified balance in that proceeding between the interest of efficiency of the private creditor and the interest of privacy of the debtor and may, or may not, result in the attachment of assets indicated by the private creditor. Consequently, the possible advantages of a European Assets Declaration are, in an over all evaluation, not of sufficient importance to counter balance its disadvantages to both the private creditor and the debtor.

A European Garnishee's Declaration has been proposed to oblige third-party debtors to give information on the assets seized. A better solution would be, when the enforcement organs have received an application for the enforcement of a judgment and before the actual seizure takes place, in order to deal with differences in national

---

<sup>504</sup> See, about a similar opinion, European community Study JAI/02/03/2002, B, III, 1, regarding the conclusion that the main problem with the debtor's declaration lies in the fact that the declaration must be given personally.

<sup>505</sup> See European community Study JAI/02/03/2002, B, V, 5, which stipulates as a prerequisite for obtaining a declaration that the creditor must present an enforceable judgment and suggest that the declaration should be taken at the beginning of the enforcement proceeding.

laws, to oblige any third-party debtor, including any financial institution, in national laws to provide, at the request of the enforcement organs, to render information on the debtors' assets to these organs. This would also enable the enforcement organs to make a choice between all assets held by this third-party, before their actual decision about seizure.

The proposal of 1999 about an "International legal instrument on the mutual co-operation between European enforcement authorities in the European Union for the exchange of information for enforcement purposes related to private and public claims" and the similar idea in the proposed Nordic agreement on the exchange of information in recovery matters, are based on the idea of a co-operation between national professionals, the regulated enforcement agents, for the exchange of information for enforcement purposes also for the benefit of the private creditor. They relate to the existence of a title of execution in any of the concerned States and their equal treatment in this context, and may be further elaborated into an alternative solution adapted to the civil enforcement law area. A similar concept of cooperation is found in the regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations to facilitate the recovery of maintenance claims through a co-operation between national central authorities for the exchange of information for recovery purposes for the benefit of the maintenance creditors.

The idea of creating an improved access to information for enforcement purposes through a co-operation in the cross border context, following the ideas of the proposal of 1999, the proposed Nordic agreement and the regulation in the maintenance area, which creates an optional right for a creditor, who holds a title of execution, to make use of an exchange of information adopted to contractual and commercial claims, between the regulated enforcement agents of the Member States of the EU seems, according to an all over conclusion, to be the most attractive one.

This is for the benefit of a higher degree of service and of efficiency of the private creditor at the enforcement of his title of execution and for a proportionate treatment of exchanged information and privacy in relation to the debtor.<sup>506</sup> This idea would also be able to promote a better functioning of the Common Internal Market.

Also, it may be contemplated that the creditor should have the right to file an application, related to a specific matter, in the Member State of origin of his title of execution, for a following exchange of information for enforcement purposes with another Member State. A request for information, following the application of the private creditor, should, for reasons of efficiency and integrity, be transmitted electronically in a closed communication system between the Member States.

---

<sup>506</sup> See Berglund, pp. 236-238, about the importance that a disclosure of information from the perspective of the debtor does not become disproportionate in relation to his interest of privacy compared to pp. 275-279, about the balance between the interest of efficiency of the creditor and the interest of privacy of the debtor.

This solution of co-operation will, as any other alternative, give rise to the question of how to finance the increased costs for the needed work. It remains to be discussed to what extent and proportion private creditors, respectively the Member States, should pay for the services made available under such a possible co-operation, and what possible fees creditors should pay, or not pay, to their national regulated enforcement agents when they want to make use of their services in relation to this available option in a matter for the exchange of information for enforcement purposes. It also remains to be discussed how such a possible co-operation, which would include work in the Member States for communications between the national designated competent authorities, or Contact points, or/and the national regulated enforcement agents, and the private creditors, should best be structured.

These ideas also conform with the objectives of the Council's programmes. It is also recommended that these issues be further analysed in connection to the idea of the possible establishment of a European co-operation body between States in the civil execution law area, a Euroex, intended to be of help to the creditors and debtors, who would like to seek the assistance of the enforcement agents in another Member State of the EU<sup>507</sup>, and to the idea of a more developed use of the European Judicial Network in civil and commercial matters.

The establishment of a sufficiently efficient solution for access to information for enforcement purposes in the cross border civil enforcement law area would also have to take into consideration a sufficiently harmonized level of access to information for enforcement purposes to regulated enforcement agents in national laws in order to guarantee at least some kind of mutually equal acceptable level of exchange of information, which may be used for the benefit of cross border enforcement of a private creditor's claim within the EU.<sup>508</sup> This means that any attempt to improve efficiency by access to information for enforcement purposes in the cross border context would also have to consider the establishment of a sufficiently high level of access to national information.

In order to achieve a harmonization through EU law, in relation to matters having cross border implications, a detailed goal for the harmonization of national laws should be stipulated, under the option of any national system of regulated enforcement agents.

National laws should meet a reasonable goal for an efficient and up-to-date access of information to enforcement organs for enforcement purposes of judgments related to civil law claims.<sup>509</sup> This goal should not be less precise than to secure access to information about the debtor's: address, or place of location, employer, or business, through corporate registers, or other sources of income, including private, or social, insurance institutions, incomes and other assets in his possession to the extent such information is available in the records of enforcement agents, e.g. through debtor's registers kept by such officials, assets held in the possession by any third parties, including any financial institution, e.g. bank accounts, which hold an account, or a deposit, in the name of the debtor,

---

<sup>507</sup> See Berglund, pp. 115-118, for further information about the possible idea of the establishment of a Euroex, and of a more developed use of the European Judicial Network in civil and commercial matters.

<sup>508</sup> See Berglund, pp. 269-279, where the important task of the regulated enforcement agent in this context is emphasized and developed, and about the importance of improved access to national information for enforcement purposes.

<sup>509</sup> Berglund, p. 279.

declaration of his assets made to the enforcement agents, and status of indebtedness or insolvency, i.e. bankruptcy or other collective insolvency procedures.<sup>510</sup> This access to information should preferably be achieved by “electronic means”.

## 5. Bibliography

### 5.1 EU Law

#### 1999

Presidency conclusions, European council 15 and 16 October 1999. Also see website of the European Parliament, [www.europarl.eu.int/summits/tam\\_en.htm](http://www.europarl.eu.int/summits/tam_en.htm).

#### 2000

Council regulation 1346/2000/EC of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ 2000 L 160, as last amended through OJ 2003 L 236.

#### 2001

Council regulation (44/2001/EC) on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ 2001 L 12.

#### 2004

Regulation (805/2004/EC) of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 creating a European Enforcement Order for uncontested claims, OJ 2004 L 143.

Regulation 883/2004/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems, OJ 2004 L 200.

#### 2005

European Council, the Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union, OJ 2005 C 53/01.

#### 2006

Regulation (1896/2006/EC) of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 creating a European order for payment procedure, OJ 2006 L 399.

#### 2007

Regulation (EC) No 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure, OJ 2007 L 199.

Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community, signed at Lisbon, 13 December 2007, OJ 2007 C 306.

#### 2008

Council Directive 2008/55/EC of 26 May 2008 on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures (Codified version), OJ 2008 L 150.

---

<sup>510</sup> This idea is to some extent more developed as compared to article 12.4 in the proposal from the group of European experts in the report *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union*, but they are both based on a similar idea of development.

Commission regulation (EC) No 1179/2008 of 28 November 2008 laying down detailed rules for implementing certain provisions of Council Directive 2008/55/EC on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures, OJ 2008 L 319.

Council regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ 2009 L 7.

#### **2009**

Regulation (EC) No 987/2009 of the European Parliament and of the Council of 16 September laying down the procedure for implementing Regulation (EC) No 883/2004 on the coordination of social security systems, OJ 2009 L 284.

Council regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, OJ 2009 L 7.

#### **2010**

Council Directive 2010/24/EU of 16 March 2010 concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures, OJ 2010 L 84.

European Council, the Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens, OJ 2010 C 115.

## **5.2 Conventions**

#### **1962**

Convention between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden regarding the enforcement of maintenance claims, done in Oslo on 22 March 1962, No. 14, 1963, UNTS No. 6793, as amended in Oslo on 25 February 2000.

#### **1977**

Convention between Sweden, Denmark, Finland, Iceland and Norway on recognition and the enforcement of judgments in civil matter, done at Copenhagen on 11 October 1977, UNTS, No. 16914, vol. 1102 (1978).

## **5.3 Literature**

- Berglund, Mikael, Cross Border Enforcement of Claims in the EU – History, Present Time and Future, No. 65 in the series European Monographs of Kluwer Law International, the Netherlands, 2009, 369 pp.

- Berglund, Mikael, Presentation “Mutual co-operation for the exchange of information for enforcement purposes related to private and public claims or is a euro-enforcement information assistance system for the exchange of the information needed ?” at the seminar in Helsinki on 17-18 March 1997 about “Possibilities for European enforcement” held by the Finnish Ministry of Justice.

- Le droit processuel et le droit de l’exécution, Nouveaux droits dans un nouvel espace européen de justice (Le droit processuel et le droit de l’execution), Chambre nationale des huissiers de justice (France) et Union Internationale des Huissiers de Justice et Officiers Judiciaires (UIHJ), Colloque international des 4 et 5 juillet 2001, sous la direction du Jacques Isnard, Président de la UIHJ, et Professeur Jacques Normand.

- L'efficacité de la justice civile en Europe, Caupain, M.-T. and de Leval, G. (ed.), De Boeck & Larcier s.a., Bruxelles 2000.
- European community Study JAI/02/03/2002, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of a Debtors assets, Attachment of bank accounts, Provisional Enforcement and Protective Measures, general reporter Hess, Burkhard.
- European community Study JLS/C4/2005/03, Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, presented by Prof. Dr. Burkhard Hess, Prof. Dr. Thomas Pfeiffer, and Prof. Dr. Peter Schlosser, Final version September 2007.
- The execution of court decisions in civil cases, Multilateral seminar organised by the council of Europe in conjunction with the Japan foundation, Strasbourg, Palais de l'Europe 15-17 October 1997, Council of Europe publishing 1998.
- Green paper on improving the efficiency of the enforcement of judgments in the European Union: the attachment of bank accounts, COM (2006) 618 final.
- Jeuland, Emmanuel, Les garanties de la saisie européenne de créances bancaires, Le droit processuel et le droit de l'exécution.
- Nordiskt samarbete om indrivningsfrågor (Nordic co-operation in recovery matters), report to the Nordic Council of Ministers of July 2002, TemaNord 2002:549.
- Kennett, Wendy, The Enforcement of Judgments in Europe, Oxford monographs in private international law, Oxford University Press 2000.
- Kerameus, D., Konstantinos, International encyclopedia of comparative law, volume XVI, Civil procedure, chapter 10, Enforcement proceedings, under the auspices of the international association of legal science, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)/ Tübingen/ and Martinus Nijhoff publishers/Dordrecht/ Boston/ Lancaster 2002.
- de Leval, Georges, Subject of the proceedings, The execution of court decisions in civil cases, and appendix II.
- de Leval, Georges, and Georges, Frédéric, La saisie-arrêt bancaire dans l'union européenne, L'efficacité de la justice civile en Europe.
- Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne/Approximation of Judiciary Law in the European Union, Storme, Marcel (ed.), published by Seminarie voor Privaatrechtelijk Procesrecht at the University of Ghent, Kluwer/Martinus Nijhoff Publishers 1994.