



Datum van
inontvangstneming

:

15/04/2013

Zaak C-112/13

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

8 maart 2013

Verwijzende rechter:

Oberster Gerichtshof (Oostenrijk)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

17 december 2012

Verwerende partij en verzoekende partij in „Revision”:

Rakhat Aliyev

Verzoekende partijen en verwerende partijen in „Revision”:

Sholpan Khasenova

Tamilis Khasenova

Ardak Khasenova

Armangul Kapasheva

Sabyrzhan Timraliev

Altyn Timralieva

Zhibek Timralieva

Het Oberste Gerichtshof heeft (omissis) in het geding tussen 1. Sholpan Khasenova, 2. Tamilis Khasenova, 3. Ardak Khasenova, 4. Armangul Kapasheva, 5. Sabyrzhan Timraliev, 6. Altyn Timralieva, en 7. Zhibek Timralieva, verzoekers, allen woonachtig in Kazachstan, (omissis) Almaty, (omissis) en Rakhat Aliyev, verweerder (omissis), over de betaling van een bedrag van 315 364,36 EUR, vermeerderd met rente en kosten, op het beroep in „Revision” dat laatstgenoemde heeft ingesteld tegen de door het Oberlandesgericht Wien in hoger beroep gegeven beschikking van 26 januari 2012 (omissis) waarbij de beschikking van

het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien van 30 augustus 2011 (omissis) deels is bevestigd en deels is gewijzigd, in besloten zitting

de volgende beschikking gegeven:

A. Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt overeenkomstig artikel 267 VWEU verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

I. Brengt het bij de handhaving van het recht van de Europese Unie in acht te nemen Europeesrechtelijke „gelijkwaardigheidsbeginsel” mee dat in een procesrechtelijk stelsel waarin weliswaar de gewone gerechten die uitspraak moeten doen in een zaak, ook de grondwettigheid van wetten dienen te beoordelen, maar de bevoegdheid om met de grondwet strijdige wetten te vernietigen, is voorbehouden aan een op bijzondere wijze georganiseerd constitutioneel gerechtshof, de gewone gerechten ook in geval van strijdigheid van een wet met artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie hangende het geding het constitutionele gerechtshof om vernietiging van die wet moeten verzoeken, en niet ermee kunnen volstaan de wet in het concrete geval buiten toepassing te laten?

II. Moet artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie aldus worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een bepaling van procesrecht op grond waarvan een internationaal onbevoegd gerecht voor een partij zonder bekende woon- of verblijfplaats een zaakwaarnemer bij afwezigheid („Abwesenheitskurator”) aanwijst, die dan door zijn „verschijning” internationale bevoegdheid kan scheppen?

III. Moet artikel 24 van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken aldus worden uitgelegd, dat van een „verschijning van de verweerder” in de zin van deze bepaling sprake is indien de betrokken proceshandeling is verricht door de verweerder zelf dan wel door een door hem gemachtigde procesvertegenwoordiger, of geldt dit zonder enige restrictie ook bij een overeenkomstig het recht van de betrokken lidstaat aangewezen zaakwaarnemer bij afwezigheid?

B. (OMISSIS) (Schorsing van de behandeling van de zaak)

Motivering:

Feiten en procesverloop:

1.1. Verzoekers vorderen als echtgenotes respectievelijk kinderen schadevergoeding (onderhoudskosten, shockschade, verklaring voor recht) van verweerder, die hun echtgenoten respectievelijk vaders in Kazachstan zou hebben

ontvoerd en gedeporteerd. Voor de bevoegdheid van de Oostenrijkse rechter hebben zij aangevoerd dat verweerder zijn gewone verblijfplaats had in het rechtsgebied van het aangezochte gerecht. Nadat bij betekeningsoogingen was gebleken dat verweerder niet meer op het betrokken adres woonachtig was, werd na diverse tussenstappen op verzoekers' verzoek bij beschikking van 27 augustus 2010 een „Abwesenheitskurator” (zaakwaarnemer bij afwezigheid; hierna: „zaakwaarnemer) in de zin van § 116 van de Oostenrijkse Zivilprozessordnung (Oostenrijks Wetboek van burgerlijke rechtsvordering; hierna: „ZPO”) aangewezen. Die zaakwaarnemer diende na de betekening van de dagvaarding een conclusie van antwoord in, waarin hij concludeerde tot afwijzing van de vordering en tal van inhoudelijke verweren aanvoerde. Daarop maakte verweerder bekend dat hij het thans namens hem optredende advocatenkantoor had gemachtigd en verzocht hij, in de toekomst alle te betekenen stukken aan dit kantoor te betekenen. In dit stadium betwistte hij ook de internationale bevoegdheid van de Oostenrijkse rechter. De relevante feiten zouden in Kazachstan hebben plaatsgevonden. Deze onbevoegdheid zou niet zijn gedekt. Verweerder stelde ook dat de aangewezen zaakwaarnemer geen contact met hem had gehad en niet van de relevante feiten op de hoogte was. Zijn woonplaats zou hij wegens gevaar voor zijn leven geheim moeten houden. Hij zou Oostenrijk reeds lang voordat de zaak tegen hem aanhangig werd aangemaakt, definitief hebben verlaten.

1.2. De **rechter in eerste aanleg** verklaarde zich internationaal onbevoegd en wees de vordering af. Hij achtte bewezen dat verweerder op het grondgebied van de Republiek Malta verbleef. De verschijning van de zaakwaarnemer zou geen verschijning in het geding in de zin van artikel 24 van verordening nr. 44/2001 zijn.

1.3. De **appelrechter** wees het door verzoekers tegen die beschikking ingestelde hoger beroep toe en verwierp de exceptie van internationale onbevoegdheid. De rechter in eerste aanleg zou als enige bekende verblijfplaats de Republiek Malta hebben vastgesteld (ook ten tijde van de aanhangigmaking van de zaak). Verordening nr. 44/2001 zou het aangezochte gerecht enkel verplichten zijn bevoegdheid te onderzoeken in het in artikel 26 van deze verordening bedoelde geval van de niet-verschenen verweerder. Voor het overige zou de internationale bevoegdheid uitsluitend naar aanleiding van een door de verweerder opgeworpen exceptie moeten worden onderzocht. Aan het begrip „verschijning” in artikel 24 van verordening nr. 44/2001 zou een autonome gemeenschapsrechtelijke uitlegging moeten worden gegeven. Binnen dit kader zou dit begrip echter door het Oostenrijkse burgerlijk procesrecht moeten worden aangevuld. De proceshandelingen van de zaakwaarnemer die is aangewezen om de belangen van de afwezige partij te behartigen, zouden naar Oostenrijks recht dezelfde rechtsgevolgen hebben als die van een bij overeenkomst gemachtigde procesvertegenwoordiger.

Tot staving van het beroep in „Revision” aangevoerde middelen en het daartegen gevoerde verweer:

2.1. Tegen die beschikking heeft **verweerder**, na daartoe toestemming te hebben verkregen (omissis) (verwijzingen naar Oostenrijkse rechtspraak), het onderhavige **beroep in „Revision”** ingesteld. Samengevat stelt hij dat het met de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in strijd is om een verweerder die niet van een procedure op de hoogte is, zijn rechten van verdediging te ontnemen. De beslissing is in zijn ogen in strijd met het in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”) verankerde beginsel van hoor en wederhoor.

2.2. **Verzoekers** voeren in hun **memorie van antwoord** kort gezegd aan, dat de conform § 116 ZPO aangewezen zaakwaarnemer elke handeling kan verrichten, omdat anders zijn benoeming zinloos zou zijn. Tegenover verweerders betoog betreffende artikel 6 EVRM/artikel 47 van het Handvest brengen zij het door dezelfde bepalingen gewaarborgde fundamentele recht op een doeltreffende voorziening in rechte in stelling. Vanuit deze optiek zou de aanwijzing van een zaakwaarnemer bij afwezigheid een grondrechtelijk vereiste zijn.

De Oostenrijkse rechtssituatie:

Conform de door het Hof van Justitie van de Europese Unie geformuleerde aanbevelingen blijft een uitvoerige uiteenzetting van de zeer omvangrijke literatuur achterwege.

3.1. Volgens § 230 ZPO dient de rechter vooraf ook te onderzoeken of hij internationaal bevoegd is. Als dit niet het geval is, dient de rechter in eerste aanleg de vordering ambtshalve – behoudens heling van de onbevoegdheid, eventueel ook later – af te wijzen, en anders moet hij ervoor zorgen dat de dagvaarding aan de verweerder partij wordt betekend, zodat deze daarop kan reageren.

3.2. § 115 ZPO bepaalt in beginsel dat betekening aan personen zonder bekend adres door openbare bekendmaking moet geschieden. Publicatie in een elektronisch informatiesysteem („Ediktsdatei”) is verplicht.

3.3. Het in casu relevante § 116 ZPO bepaalt:

„Voor personen aan wie betekening wegens onbekendheid van hun woon- of verblijfplaats uitsluitend via openbare bekendmaking zou kunnen plaatsvinden, dient het gerecht op verzoek dan wel ambtshalve een zaakwaarnemer aan te wijzen (§ 9), indien deze personen op grond van de aan hen te verrichten betekening ter verdediging van hun rechten een proceshandeling zouden moeten verrichten, en met name wanneer het te betekenen stuk een oproep daartoe bevat.”

Deze zaakwaarnemer beschikt over een ruime bevoegdheid tot het voeren van verweer.

De aanwijzing van de zaakwaarnemer dient officieel te worden bekendgemaakt [§ 117 ZPO alsmede § 89j van het Gerichtsorganisationsgesetz (wet op de rechterlijke organisatie; hierna: „GOG”), betreffende de „Ediktsdatei”, een algemeen toegankelijk elektronisch informatiesysteem – § 89k GOG].

3.4. Volgens artikel 92 van de Oostenrijkse Bundesverfassung (hierna: „federale grondwet”) is het Oberste Gerichtshof (hierna: „OGH”) de hoogste rechter in straf- en civiele zaken. Het dient in deze zaken niet alleen het Oostenrijkse recht, het grondwettelijk recht daaronder begrepen, aan een volledig onderzoek te onderwerpen, maar ook het recht van de Europese Unie toe te passen. Evenals alle andere gewone gerechten is het OGH echter niet bevoegd om wetten wegens strijd met de grondwet te vernietigen (artikel 89 van de federale grondwet). Als een tot de gewone rechterlijke macht behorend gerecht een wet als ongrondwettig beschouwt, moet het zich met een verzoek om vernietiging tot het op bijzondere wijze georganiseerde Verfassungsgerichtshof (constitutioneel gerechtshof; hierna: „VfGH”) wenden (artikelen 89 en 140 van de federale grondwet). De vernietiging van een wet door het VfGH werkt erga omnes en bindt de gewone gerechten.

3.5. Nu heeft het OGH conform de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: „Hof van Justitie”) in zijn vaste rechtspraak ook zonder inschakeling van het VfGH wettelijke bepalingen die het in strijd achtte met rechtstreeks werkend Unierecht, in het concrete geval buiten toepassing gelaten [voorrangsbeginsel; (omissis) (verwijzingen naar Oostenrijkse rechtspraak)] in plaats van het VfGH om vernietiging daarvan te verzoeken.

3.6. In dezelfde lijn heeft het VfGH zich tot dusver in zijn vaste rechtspraak eveneens op het standpunt gesteld dat een eventuele strijdigheid van een Oostenrijkse wet met rechtstreeks werkend Unierecht via het voorrangsbeginsel moet worden opgelost en dus niet tot vernietiging van de wet wegens ongrondwettigheid in de zin van artikel 140 van de federale grondwet leidt [(omissis) (verwijzingen naar Oostenrijkse rechtspraak)].

3.7. In een uitvoerig gemotiveerde beslissing van 14 maart 2012 in zaak U 466/11 heeft het VfGH in afwijking van zijn rechtspraak het volgende overwogen (geen vetgedrukte passages in het origineel):

„Dit principe, dat later is aangeduid als het gelijkwaardigheidsbeginsel, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie onder meer in de zaak Levez (arrest van 1 december 1998, C-326/96, Jurispr. blz. I-7835, punt 18) als volgt samengevat: [...]

Het EVRM is in Oostenrijk rechtstreeks van toepassing en heeft grondwettelijke status (zie BGBl. 59/1964). De door dit verdrag gewaarborgde rechten zijn grondwettelijk gewaarborgde rechten [...]

5.4. In het licht van het gelijkwaardigheidsbeginsel moet derhalve worden nagegaan, op welke wijze en in welke procedure in het Handvest verankerde rechten op grond van de nationale rechtssituatie geldend kunnen worden gemaakt.

5.5. [...] Het in [de federale grondwet] voorziene systeem van rechterlijke bescherming is erop gebaseerd dat [...] het Verfassungsgerichtshof [...] zich als enige instantie dient uit te spreken over schendingen door algemene rechtsnormen, namelijk wetten en verordeningen, en als enige instantie bevoegd is om dergelijke rechtsnormen te vernietigen [...]

Het Verfassungsgerichtshof concludeert derhalve dat op grond van de nationale rechtssituatie het gelijkwaardigheidsbeginsel impliceert dat ook de door het **Handvest van de grondrechten** gewaarborgde rechten [...] binnen de werkingssfeer van dit Handvest een toetsingsmaatstaf vormen in **constitutionele toetsingsprocedures**, met name overeenkomstig de artikelen 139 en 140 [van de federale grondwet].”

Dit zou kunnen betekenen dat in geval van strijdigheid van een Oostenrijkse wet met het Unierecht – het Handvest – dit conflict niet eenvoudig rechtstreeks in de procedure kan worden opgelost door toepassing van het voorrangsbeginsel, maar het betrokken gerecht – onverminderd de mogelijkheid van een prejudiciële verwijzing naar het Hof van Justitie – op grond van het „gelijkwaardigheidsbeginsel” ook het VfGH om vernietiging van die wet moet verzoeken (artikel 89 van de federale grondwet).

Het VfGH heeft voorts overwogen:

„5.9. Beklemtoond moet worden dat er **geen verplichting tot het stellen van een prejudiciële vraag** aan het Hof van Justitie van de Europese Unie bestaat indien een rechtsvraag niet ter zake dienend is [zie arresten Hof van Justitie van 6 oktober 1982, 283/81, Cilfit, Jurispr. blz. 3415, en 15 september 2005, C-495/03, Intermodal, Jurispr. blz. I-8151], dat wil zeggen wanneer het antwoord op de vraag, hoe het ook luidt, geen invloed kan hebben op de oplossing van het geschil. Dit is op het gebied van het Handvest van de grondrechten het geval **indien** een grondwettelijk gewaarborgd recht, met name een in het EVRM verankerd recht, dezelfde werkingssfeer heeft als een in het Handvest opgenomen recht. In dit geval zal het Verfassungsgerichtshof zijn beslissing dus op de Oostenrijkse constitutionele situatie baseren en kan een verzoek om een prejudiciële beslissing in de zin van artikel 267 VWEU achterwege blijven.”

Het recht van de Europese Unie:

4.1. Overeenkomstig artikel 1 van verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: „verordening nr. 44/2001”) wordt deze verordening toegepast in alle burgerlijke

en handelszaken, zij het dat enkele met name genoemde onderwerpen – die in deze zaak niet spelen – van haar werkingssfeer zijn uitgezonderd. Artikel 2 van verordening nr. 44/2001 bepaalt dat, onverminderd deze verordening, zij die woonplaats hebben op het grondgebied van een lidstaat, ongeacht hun nationaliteit, worden opgeroepen voor de gerechten van die lidstaat. Zij kunnen slechts voor een gerecht van een andere lidstaat worden opgeroepen krachtens de in de afdelingen 2 tot en met 7 van hoofdstuk II opgenomen bepalingen inzake „bevoegdheid” (artikel 3 van verordening nr. 44/2001).

4.2. Artikel 24 van verordening nr. 44/2001 (afdeling 7) bepaalt:

„Buiten de gevallen waarin zijn bevoegdheid voortvloeit uit andere bepalingen van deze verordening, is het gerecht van een lidstaat waarvoor de verweerder verschijnt bevoegd. Dit voorschrift is niet van toepassing indien de verschijning ten doel heeft de bevoegdheid te betwisten, of indien er een ander gerecht bestaat dat krachtens artikel 22 bij uitsluiting bevoegd is.”

4.3. Als de verweerder met woonplaats op het grondgebied van een lidstaat niet verschijnt, verklaart het gerecht zich volgens artikel 26 van verordening nr. 44/2001 alleen ambtshalve onbevoegd indien zijn bevoegdheid niet berust op deze verordening. Daarbij dient het gerecht zijn uitspraak aan te houden zolang niet vaststaat dat de verweerder in de gelegenheid is gesteld het gedinginleidend stuk zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was, te ontvangen.

De in dit artikel genoemde Europese betekenisverordeningen zijn niet van toepassing op betekeningen aan personen met onbekend adres (arrest Hof van Justitie van 15 maart 2012, Visser, C-292/10, punt 54).

4.4. Om vast te stellen of een partij woonplaats heeft in een lidstaat, wordt volgens artikel 59 van verordening nr. 44/2001 het recht van die staat toegepast.

4.5. Verordening nr. 44/2001 bevat geen bepalingen over eventuele processuele zaakwaarneming bij afwezigheid.

4.6. Volgens artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) is het Hof van Justitie van de Europese Unie onder meer bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over de uitlegging van de Verdragen, maar ook van verordeningen van de Unie, indien vragen te dien aanzien worden opgeworpen voor een gerecht van een lidstaat.

De prejudiciële vragen:

De toepasselijkheid:

5.1. De onderhavige zaak is een burgerlijke en handelszaak, waarop overeenkomstig artikel 1 van verordening nr. 44/2001 de bepalingen van deze

verordening van toepassing zijn (omissis) (verwijzingen naar Oostenrijkse rechtspraak).

5.2. In casu moet ervan worden uitgegaan dat verweerder in de zin van de toepasselijke wetgeving woonplaats heeft in Malta, wat volgens de uiteenzettingen van de lagere rechters en van verweerder zelf ook al het geval was toen de zaak tegen hem aanhangig werd gemaakt. Daarmee rijst de vraag of de Oostenrijkse rechter internationaal bevoegd is, die aan de hand van verordening nr. 44/2001 moet worden beantwoord (arrest Hof van Justitie van 1 maart 2005, Osuwu, C-281/02, Jurispr. blz. I-1383, punt 26). Er zijn geen aanwijzingen voor een woonplaats op het grondgebied van een niet-lidstaat.

5.3. Het Oberste Gerichtshof gaat er verder van uit dat de internationale bevoegdheid van de Oostenrijkse rechter niet is betwist door de zaakwaarnemer, maar wel in de eerste memorie die is ingediend door een door verweerder gemachtigde procesvertegenwoordiger [met betrekking tot de mogelijkheid om tegelijk met de betwisting van de bevoegdheid verweer ten gronde te voeren, zie arrest Hof van Justitie van 24 juni 1982, Elefanten Schuh, 150/80, Jurispr. blz. 1671; (omissis) (verwijzing naar Oostenrijkse rechtspraak)].

5.4. Doorslaggevend is dan ook de vraag of de conclusie van antwoord die is ingediend door de conform § 116 ZPO aangewezen zaakwaarnemer, aan verweerder moet worden toegerekend en als een „verschijning van de verweerder” in het geding in de zin van artikel 24 van verordening nr. 44/2001 is te beschouwen. § 116 ZPO voorziet in zoverre in een ruime vertegenwoordigingsbevoegdheid. Dit kan noodzakelijk zijn om het fundamentele recht van verzoekers op een passende en doeltreffende voorziening in rechte te waarborgen (artikel 47 van het Handvest; artikel 6 EVRM), maar ook ontoelaatbaar zijn in het licht van verweerders fundamentele recht op hoor en wederhoor (dat eveneens is verankerd in artikel 47 van het Handvest en in artikel 6 EVRM).

5.5. De uitlegging die het VfGH in zijn beslissing U 466/11 aan het Europeesrechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel heeft gegeven, zou kunnen impliceren dat de vraag of § 116 ZPO, dat zonder onderscheid ook moet worden toegepast in procedures die binnen de werkingssfeer van verordening nr. 44/2001 vallen, in strijd is met artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest, die grondwettelijke status hebben, ter beoordeling moet worden voorgelegd aan het VfGH.

6.1. Beslissing U 466/11 van het VfGH, die al heel wat inkt heeft doen vloeien, is in de Oostenrijkse **doctrine** vanuit Europeesrechtelijk perspectief veelvuldig **bekritiseerd** [(omissis) in zoverre de rechtspraak van het Hof van Justitie aanknopingspunten zou bieden voor de stelling dat in situaties die binnen de werkingssfeer van artikel 47 van het Handvest vallen, deze bepaling de relevante

toetsingsmaatstaf vormt en niet artikel 6 EVRM; zie bijvoorbeeld arrest Hof van Justitie van 15 november 2011, Dereci, C-256/11, punt 72].

6.2. Het uit de beslissing van het VfGH resulterende systeem verschilt op zijn minst **in drie opzichten** van het Franse toetsingssysteem dat ten grondslag lag aan het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Melki en Abdeli* (arrest van 22 juni 2012, C-188/10 en 189/10), waarop het VfGH zijn rechtsopvatting baseert. Ten eerste heeft de Franse grondwetgever expliciet voorzien in deze „incidentele procedure” van toetsing door de constitutionele rechter. In Oostenrijk heeft het VfGH niet op die manier in de plaats van het parlement de bevoegdheid toegekend gekregen om met het Unierecht strijdige wetten uit de rechtsorde te verwijderen, maar heeft het deze bevoegdheid in zijn beslissing afgeleid uit het Europeesrechtelijke „**gelijkwaardigheidsbeginsel**” (zie hierna). Ten tweede was de Franse „incidentele procedure” **beperkt** tot de toetsing van nationale **grondwettelijke kwesties**, terwijl volgens de beslissing van het VfGH het Handvest als toetsingmaatstaf kan dienen bij de beoordeling van de grondwettigheid. Ten derde werd destijds niet aangenomen dat **de verwijzingsplicht kwam te vervallen** ingeval de Franse constitutionele rechter de vraag al aan de hand van artikel 6 EVRM had beantwoord.

6.3. In het model dat kennelijk ten grondslag ligt aan het door het VfGH in zijn beslissing tot uitdrukking gebrachte standpunt betreffende het wegvallen van de verwijzingsplicht, houdt elke aanvullende grondrechtenbescherming ook een verbetering voor een partij in. Dit zal in het administratieve recht inderdaad regelmatig het geval zijn, in zoverre de burger extra bescherming wordt geboden tegenover de staat. Voor civiele procedure blijkt onder meer uit het onderhavige geval, waarin zowel door verzoekers als door verweerder een beroep wordt gedaan op de door artikel 6 EVRM en artikel 47 van het Handvest geboden waarborgen, dat **elke beslissing ten gunste van de ene partij** tegelijkertijd ook **afbreuk kan doen** aan het grondwettelijk gewaarborgde recht van **de andere partij**. Een eventuele vernietiging van § 116 ZPO door het VfGH zou in de concrete procedure in aanmerking moeten worden genomen en rechtshandhaving onmogelijk maken. Daarmee zou afbreuk kunnen worden gedaan aan verzoekers’ recht op een passende en doeltreffende voorziening in rechte in de zin van artikel 47 van het Handvest, welk recht ook verordening nr. 44/2001 beoogt te waarborgen (arresten Hof van Justitie van 17 november 2011, Hypotečni banka, C-327/10, punt 44, en 25 oktober 2012, Folien Fischer AG, C-133/11, punt 33).

6.4. Bij de beslissing van het VfGH zou – zoals bij elke beslissing van een gerecht dat wortelt in de traditie van slechts één lidstaat en is samengesteld uit rechters van die staat – ook niet kunnen worden gewaarborgd dat de beoordeling van grondrechtelijke kwesties door deze constitutionele rechter niet **afwijkt** van die van het Hof van Justitie (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het VfGH van 24 september 2009, G 187/08; anders: arrest Hof van Justitie van 20 oktober 2011, Brachner, C-123/10) of gevolgen heeft voor verplichtingen tot omzetting van richtlijnen. Met name zou het primaire doel van verordening nr. 44/2001, namelijk

de totstandbrenging van een uniform en consistent stelsel van internationaal bevoegdheidsrecht voor alle lidstaten, worden ondergraven. Het is immers **op geen enkele wijze gewaarborgd** dat de bevoegde gerechten van andere lidstaten de uitlegging van het Oostenrijkse constitutionele gerechtshof – net zoals die van het OGH – **relevant** achten.

6.5. Het OGH gaat er dan ook van uit dat het VfGH gewoon nog niet de gelegenheid heeft gehad om zijn in het kader van de toetsing van een administratieve procedure ontwikkelde rechtspraak inzake het ontbreken van een verwijzingsplicht voor civiele procedures te preciseren. Zeker in civiele procedures waarin grondrechten van beide partijen in het geding zijn, dient met het oog op de uitlegging van artikel 47 van het Handvest een prejudiciële procedure te worden gestart.

Inzake vraag I:

7.1. Er zij verwezen naar de overwegingen in punt 6.1 en de daarin uiteengezette kritische rechtsleer.

In zijn – op een administratieve procedure betrekking hebbende – beslissing heeft het VfGH uiteindelijk uit het **Europeesrechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel** afgeleid dat in geval van strijdigheid van een wet met het Handvest niet ermee kan worden volstaan die wet in de concrete gerechtelijke procedure op grond van het voorrangsbeginsel buiten toepassing te laten, maar daarnaast met het oog op de – normaal aan het Parlement voorbehouden – **verwijdering uit de rechtsorde** door vernietiging van de wet ook een procedure in de zin van artikel 140 van de federale grondwet bij het VfGH noodzakelijk is. De door het VfGH aangevoerde arresten van het Hof van Justitie (met name arresten van 1 december 1998, C-326/96, Levez, Jurispr. blz. I-7835, punt 18; 19 juni 2003, C-34/02, Pasquini, Jurispr. blz. I-6515, en 29 oktober 2009, C-63/08, Pontin, Jurispr. blz. I-10467, punt 45) hebben betrekking op de bescherming in rechte van de betrokken procespartij. Volgens het OGH laten zij derhalve bij de huidige stand van het Europese recht ook bij een overeenkomstige lezing van de uitvoerige motivering van het VfGH in elk geval voor civiele procedures een dergelijke conclusie nog niet toe op een wijze die elke redelijke twijfel uitsluit (arrest Hof van Justitie van 6 oktober 1982, Cilfit, 283/81, Jurispr. blz. 3415). Een uit het Europese recht voortvloeiende verplichting om in het kader van een concrete procedure over te gaan tot **algemene** verwijdering uit de rechtsorde van een regeling, zou de rechtsgang van een procespartij die haar rechten gehandhaafd wenst te zien, belasten met een kostbare en zeer tijdrovende extra procedure, zonder dat dit voor die procespartij enige meerwaarde zou hebben vergeleken met het eenvoudig terzijde laten van de regeling op grond van het voorrangsbeginsel. Die verwijdering uit de rechtsorde kan ook na afloop van de procedure plaatsvinden.

Daarbij komt dat het in de beslissing van het VfGH gemaakte **onderscheid** tussen enerzijds de **grondrechten** van het Handvest als toetsingsmaatstaf van het VfGH en anderzijds de overige – **secundaire** – **Uniehandelingen** – in casu bijvoorbeeld ook verordening nr. 44/2001–, waarvoor dit niet zou gelden, in elk geval in het civiele recht moeilijk op consistente wijze lijkt te kunnen worden toegepast. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie valt veeleer af te leiden dat ook secundaire handelingen bij de toetsing moeten worden betrokken (met betrekking tot artikel 21 van het Handvest, zie bijvoorbeeld arrest van 19 januari 2010, Küçükdeveci C-555/07, punten 22 e.v.; men name ook met betrekking tot de temporele werking, zie arrest van 17 mei 1990, Barber, C-262/88). In casu voorziet verordening nr. 44/2001 in een gedeeltelijke coördinatie van de nationale stelsels van procesrecht. Het door deze verordening in het leven geroepen stelsel vormt – voor zover het niet zelf met het Handvest in strijd is – het relevante toetsingskader. Daarbij speelt een rol dat het **stelsel van het secundaire Unierecht** veelal aanzienlijk **concreter** en gedetailleerder is dan de dikwijls zeer algemeen geformuleerde **grondwettelijke grondrechten**, en als in hogere rang staand Unierecht voorrang heeft op dit grondwettelijke recht [aldus reeds arrest Hof van Justitie van 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, Jurispr. blz. 629; (omissis) (verwijzing naar Oostenrijkse rechtspraak). Het ligt voor de hand om in dit van hogere rang zijnde, concretere Unierechtelijke rechtssysteem eventuele schendingen van artikel 47 van het Handvest door aanvullende nationale procesregels ongedaan te maken door deze regels – waarop voor het overige niets valt aan te merken – in het concrete **samenspel** buiten toepassing te laten. Dit complexe samenspel van nationaal recht en Unierecht levert dan de **toepasselijke regelgeving** op.

7.2. Praktische overwegingen pleiten tegen een verplichting om een bijkomende vernietigingsprocedure bij het constitutionele gerechtshof te starten. Vergeleken met procedures tot handhaving van op het nationale recht gebaseerde aanspraken zou dit voor procedures tot handhaving van aan het Unierecht ontleende rechten een **verslechtering** van de „**gelijkwaardigheidsverhouding**” betekenen. Terwijl namelijk ter beoordeling van de verenigbaarheid van wetten met de **nationale grondwet vier** nationale procedures volstaan (drie bij de gewone rechter en een incidentele procedure bij het VfGH), zouden voor de beoordeling van schendingen van het **Unierecht** – als men het uitleggingsmonopolie van het Hof van Justitie in stand wil laten – in totaal **vijf** procedures (drie bij de gewone rechter, één bij het Hof van Justitie en een incidentele procedure bij het VfGH met het oog op de eventuele „opschoning van de wetgeving”) noodzakelijk zijn, hoewel de Europeesrechtelijke beoordeling van een wet door het VfGH de gewone gerechten niet kan binden (arresten Hof van Justitie van 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, Jurispr. blz. 629, en 22 juni 2012, Melki en Abdeli, C-188/10 en C-189/10, punt 57). De extra incidentele procedure brengt dikwijls **extra proceskosten** mee en heeft tot gevolg dat de uitvoerbaarheid (executie, definitieve oplossing) aanzienlijk wordt **vertraagd**. Deze vertragingseffecten kunnen zich in een civiele procedure ook meerdere malen voordoen, aangezien – om voor de partijen overbodige procedures te vermijden – **herhaaldelijk** afzonderlijke

beslissingen kunnen worden gegeven (bevoegdheid; rectificatie partijsaanduiding, rechtsbijstand ...). Al met al zou de – in het ergste geval herhaalde – noodzaak van vijf gerechtelijke procedures in strijd zijn met de eis van een efficiënte rechtspleging.

7.3. Ook kan niet worden voorbijgegaan aan het risico dat de vernietiging van de wet door het VfGH **op haar beurt weer afbreuk kan doen** aan het door het Handvest gewaarborgde recht van de **andere procespartij** op een doeltreffende voorziening in rechte (arrest Hof van Justitie van 17 november 2011, Hypotečni banka, C-327/10, punt 44).

Inzake vraag II:

8.1. Binnen de werkingssfeer van verordening nr. 44/2001 kan een in beginsel internationaal onbevoegde gerecht zich – afgezien van artikel 22 van verordening nr. 44/2001 – niet ambtshalve onbevoegd verklaren zolang het gedinginleidend stuk niet aan de verweerder is betekend. Het gerecht dient de verweerder integendeel de mogelijkheid te bieden om in het geding „te verschijnen” [(OMISSIS) (verwijzing naar Oostenrijkse rechtspraak)]. Enkel bij gebreke van een dergelijke „verschijning” gaat het gerecht over tot ambtshalve toetsing van zijn bevoegdheid (artikel 26 van verordening nr. 44/2001).

Volgens de regeling van de ZPO dient het gerecht daarentegen al vóór de betekening van het gedinginleidend stuk aan de verweerder zijn – internationale – bevoegdheid te onderzoeken.

8.2. Het stelsel van verordening nr. 44/2001 stuit nu op de in het Oostenrijkse civiele procesrecht opgenomen bepalingen inzake de „Abwesenheitskurator”. Nu deze verordening zelf geen regels voor de vertegenwoordiging van een afwezige verweerder bevat, zullen deze bepalingen wel in aanmerking moeten worden genomen [voor vergelijkbare vragen in verband met een kwestie die door verordening nr. 44/2001 slechts gedeeltelijk wordt geregeld, zie bijvoorbeeld (omissis) (verwijzingen naar Oostenrijkse rechtspraak); arresten Hof van Justitie van 17 november 2011, Hypotečni banka C-327/10, punt 37, en 11 juni 1985, Debaecker en Plouvier, 49/84, Jurispr. blz. 1779, punten 10 e.v.).

De naar behoren aangewezen zaakwaarnemer in de zin van § 116 ZPO beschikt in beginsel over een ruime vertegenwoordigingsbevoegdheid in de betrokken procedure [(omissis) (verwijzing naar Oostenrijkse rechtspraak)] en kan dus ook in het geding „verschijnen” in de zin van artikel 24 van verordening nr. 44/2001. De aanwijzing van een dergelijke zaakwaarnemer zou hier dus tot gevolg kunnen hebben dat wanneer de zaakwaarnemer in het geding verschijnt, de internationale bevoegdheid nooit ambtshalve door het gerecht behoeft te worden onderzocht, doch uitsluitend door de zaakwaarnemer, voor wiens optreden het gerecht niet verantwoordelijk is. Anders dan in andere gevallen kan de verweerder die niet zelf

actief wordt, niet ervan op aan dat uiteindelijk het gerecht nagaat of het internationaal bevoegd is.

8.3. De vraag nu in hoeverre ook de „verschijning” van een door het onbevoegde gerecht aangewezen zaakwaarnemer, die krachtens § 116 ZPO onbeperkte vertegenwoordigheidsbevoegdheid heeft en daarmee een „verschijning” in de zin van artikel 24 van verordening nr. 44/2001 teweegbrengt zonder een rechtstreekse betrokkenheid van de verweerder, in het licht van artikel 47 van het Handvest (artikel 6 EVRM) toelaatbaar dan wel geboden is, kan nog niet als beantwoord worden beschouwd.

Inzake vraag III:

9.1. Ook ten aanzien van de uitlegging van artikel 24 van verordening nr. 44/2001 (aangaande de noodzaak van een autonome uitlegging, zie recentelijk bijvoorbeeld arrest Hof van Justitie van 25 oktober 2012, Folien Fischer AG, C-133/11, punt 30) is in zoverre nog onvoldoende duidelijkheid geschapen.

9.2. In zijn arrest in de zaak Hendrikman van 10 oktober 1996 (C-78/95, Jurispr. blz. I-4943) heeft het Hof (toen nog met betrekking tot artikel 27 van het Executieverdrag – dat de aan dit artikel 27 gegeven uitlegging ook geldt voor de overeenkomstige bepaling van verordening nr. 44/2001, blijkt onder meer uit het arrest van het Hof van Justitie van 17 november 2011, Hypotečni banka, C-327/10, punt 29) verklaard dat een verweerder die niet op de hoogte is van de tegen hem gevoerde procedure en voor wie een advocaat verschijnt die hij niet heeft gemachtigd en die in de volstreekte onmogelijkheid verkeert om hem te verdedigen, moet worden beschouwd als een verweerder tegen wie verstek werd verleend (punt 18). De mogelijkheid om achteraf een „Nichtigheidsklage” in te stellen, werd niet toereikend geacht (punt 20).

9.3. Het arrest Hypotečni banka (arrest Hof van Justitie van 17 november 2011, C-327/10) betrof een overeenkomstig het Tsjechische wetboek van burgerlijke rechtsvordering aangestelde „mandataris ad litem van een verweerder met onbekend adres”. Deze had eveneens uitsluitend „fundamentele bezwaren” aangevoerd. Het Hof van Justitie heeft geen antwoord gegeven op de vraag in hoeverre verordening nr. 44/2001 zich verzet tegen de toepassing van de bepalingen inzake de aanstelling van een mandataris ad litem van een verweerder met onbekend adres, noch op de vraag in hoeverre het feit dat die mandataris ad litem een standpunt heeft ingenomen, als competentiescheppend in de zin van artikel 24 van verordening nr. 44/2001 kan worden beschouwd. Reeds uit artikel 16, lid 2, van die verordening viel namelijk af te leiden dat de vordering enkel kon worden gebracht voor de gerechten van de lidstaat waar de consument zijn woonplaats had, waarmee volgens het Hof ook de laatst bekende woonplaats – een dergelijk woonplaats in het binnenland is hier niet concreet vastgesteld – van de consument werd bedoeld (punt 42). Het Hof van Justitie heeft daarbij ook

gewezen op het belang van een efficiënte rechtspleging en van de mogelijkheid om een bevoegd gerecht aan te wijzen (punt 45). Dit werd afgewogen tegen het in artikel 47 van het Handvest neergelegde vereiste van eerbiediging van de rechten van de verdediging (punt 49; over het vermijden van „rechtswegering”, zie punt 51; zie in vergelijkbare zin ook arrest Hof van Justitie van 15 maart 2012, Visser C-292/10, punt 56).

9.4. In zijn arrest Visser (arrest van 15 maart 2012, C-292/10) heeft het Hof van Justitie zich reeds beziggehouden met de toelaatbaarheid van openbare betekeningen aan personen wier verblijfplaats niet kan worden vastgesteld, maar waarvan ook vaststaat dat deze zich niet buiten het grondgebied van de lidstaten bevindt. Het ging in die zaak evenwel niet om verschijning in de zin van artikel 24 van verordening nr. 44/2001 als grondslag voor internationale bevoegdheid, maar om de bevoegdheidsgrond van artikel 5, punt 3, van verordening nr. 44/2001 (plaats waar de schade is ingetreden).

9.5. Een en ander leidt tot de concrete vraag in hoeverre, ook indien het in artikel 47 van het Handvest gegarandeerde recht op een doeltreffende voorziening in rechte wordt afgewogen tegen het in dezelfde bepaling geformuleerde recht op een passende verdediging en op hoor en wederhoor, er sprake is van verschijning in de zin van artikel 24 van verordening nr. 44/2001 indien in het geval van een verweerder wiens verblijfplaats bij de eiser onbekend is, maar die feitelijk in een andere lidstaat verblijft, een „zaakwaarnemer bij afwezigheid verschijnt”, en of dit alleen het geval is als bij de aanwijzing van die zaakwaarnemer aan bepaalde voorwaarden wordt voldaan.

10. Het antwoord op al deze vragen is hoe dan ook niet zo evident dat er redelijkerwijze er geen ruimte voor twijfel kan bestaan (arrest Hof van Justitie van 6 oktober 1982, Cilfit, 83/81, Jurispr. blz. 3415). Zonder de zekerheid van een voor alle lidstaten verbindend antwoord zal een consistent stelsel van bevoegdheidsrecht in het kader van verordening nr. 44/2001 niet kunnen worden gewaarborgd.

Oberster Gerichtshof,

Wenen, 17 december 2012

(omissis)