FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 11. juli 1991 *

Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,

1. Denne sag vedrører en anmodning fra Nederlandenes Hoge Raad om, at Domstolen i en præjudiciel afgørelse i henhold til EØF-Traktatens artikel 177 tager stilling til fortolkningen af artikel 37, stk. 2, og artikel 38, stk. 1, i konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager (herefter benævnt »konventionen«) [1]. De spørgsmål, der er forelagt Domstolen, er rejst under en for Hoge Raad verserende kassationsankesag, hvorved B. J. Van Dalfsen, J. Timmerman, H. Van Dalfsen, J. Harmke og G. Van Dalfsen (herefter benævnt »Van Dalfsen m.fl.«) har anfægtet en kendelse, afsagt af Arrondissementsrechtbank, Zwolle (Nederlandene). Spørgsmålene angår proceduren i henhold til de nævnte konventionsartikler med hensyn til anfægtelse af en afgørelse om at tillade fuldbyrdelse af retsafgørelser, som er truffet i en anden kontraherende stat.

2. Med de to første spørgsmål, som er generelt formuleret, ønsker Hoge Raad — med henblik på afgørelsen af, om kassationsanken kan antages til realitetsbehandling — i det væsentlige oplyst, om Arrondissementsrechtbank's afslag på at udsætte sin afgørelse vedrørende indsigelsen mod den meddelte fuldbyrdelsestilladelse kan anfægtes ved en kassationsappel, som omhandlet i konventionens artikel 37, stk. 2. Med sit tredje spørgsmål ønsker Hoge Raad — med henblik på bedømmelsen af Van Dalfsen m.fl.'s kassationsanbringende, såfremt det kan antages til realitetsbehandling — oplyst, hvilke anbringender Arrondissementsrechtbank kunne lægge vægt på i en afgørelse i henhold til konventionens artikel 38, stk. 1, om en eventuel udsættelse af appel- eller genoptagelsessagen.

Den retlige baggrund

3. Konventionens artikel 37, stk. 2, og artikel 38, som denne sag drejer sig om, findes i afsnit III, afdeling 2 (artikel 31-35) om fuldbyrdelse af retsafgørelser, der er eksigible i den stat, hvori de er truffet. I henhold til konventionens artikel 31 kan sådanne retsafgørelser fuldbyrdes i en anden kontraherende stat, når de dér på begæring af en berettiget part — af den i henhold til konventionens artikel 32 kompetente retsinstans og i overensstemmelse med bestemmelserne i konventionens artikel 33, 34 og 35 og artikel 42-45 — er blevet erklæret for eksigible. Det har herved særlig betydning, at den part, mod hvem fuldbyrdelse begæres, ikke kan fremsætte bemærkninger over for vedkommende retsinstans på dette tidspunkt af sagens behandling, at en begæring om fuldbyrdelse kun kan afslås af de i konventionens artikel 27 og 28 nævnte grunde, og at

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — EFT 1978 L 304, s. 17.

den udenlandske retsafgørelse i intet tilfælde kan efterprøves med hensyn til sagens realitet (artikel 34).

4. Såfremt tilladelse til fuldbyrdelse nægtes, kan rekvirenten i henhold til konventionens artikel 40 appellere afgørelsen eller indgive begæring om genoptagelse til de i artiklen nævnte retsinstanser, hvis afgørelser på sin side kan anfægtes ved kassationsappel eller en dertil svarende appelform, jf. artikel 41.

Såfremt fuldbyrdelse derimod tillades, kan den part, mod hvem fuldbyrdelsen begæres, i henhold til konventionens artikel 36 anfægte afgørelsen ved appel eller genoptagelse inden en måned efter, at afgørelsen er forkyndt. Appel skal ske eller begæring om genoptagelse skal indgives til de i konventionens artikel 37, stk. 1, nævnte retsinstanser. Da begæringen om fuldbyrdelsestilladelse i henhold til artikel 34 kun kunne afslås af en af de i artikel 27 og 28 anførte grunde, skal også indsigelsen mod, at tilladelse til fuldbyrdelse er givet, støttes på en af disse grunde. I henhold til artikel 39 kan der, så længe fristen for appel eller genoptagelse ikke er udløbet, og så længe der ikke er truffet afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen, kun anvendes sikrende retsmidler vedrørende den parts formuegoder, mod hvem fuldbyrdelse begæres. Den afgørelse, der tillader fuldbyrdelse, giver også hjemmel til at anvende sådanne retsmidler.

I henhold til konventionens artikel 38, stk. 1, kan den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, efter begæring fra den part, der har indbragt sagen, udsætte sin afgørelse, såfremt den retsafgørelse, der begæres fuldbyrdet, er anfægtet ved ordinær appel eller genoptagelse i domsstaten, eller såfremt fristen herfor endnu ikke er udløbet.

I henhold til artikel 38, sidste stykke, kan retten imidlertid også gøre fuldbyrdelsen betinget af, at der stilles sikkerhed til fordel for den, mod hvem fuldbyrdelse begæres.

»Den afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen« kan i henhold til konventionens artikel 37, stk. 2, anfægtes ved kassationsappel eller en dertil svarende appelform.

Sagens faktiske omstændigheder og den processuelle baggrund

5. Ved dom af 21. oktober 1986 afsagt af Vrederechter (fredsdommeren) i kanton Herentals (Belgien) blev Van Dalfsen m.fl. tilpligtet at betale B. Van Loon og T. Berendsen (herefter benævnt: »Van Loon m.fl.«) et skyldigt lejebeløb på 2 700 000 BFR, med rente. I samme dom blev det fastslået, at Van Dalfsen m.fl. principielt havde ret til godtgørelse af udgifter, de havde afholdt til varige forbedringer af det lejede. Udgifternes størrelse skulle opgøres af en sagkyndig. Fredsdommeren erklærede dommen »umiddelbart eksigibel, uanset ethvert retsmiddel og uden sikkerhedsstillelse« [2].

6. Den 17. december 1986 appellerede Van Dalfsen m.fl. afgørelsen til Rechtbank van eerste aanleg, Turnhout (Belgien). På sin side anmodede Van Loon m.fl. i medfør af konventionens artikel 31 præsidenten for Arrondissementsrechtbank, Zwolle, om tilla-

2 — Med hensyn til en nærmere redegørelse for sagen for den belgiske fredsdommer henvises til s. I-4745 i retsmøderapporten.

delse til fuldbyrdelse i Nederlandene af den belgiske dom, der i domsstaten var erklæret umiddelbart eksigibel. Ved kendelse af 23. januar 1987 gav Arrondissementsrechtbank's præsident tilladelse til, at dommen blev fuldbyrdet. I medfør af konventionens artikel 36 indbragte Van Dalfsen m.fl. den 2. april 1987 tilladelsen for Arrondissementsrechtbank. Van Dalfsen m.fl. anmodede imidlertid Arrondissementsrechtbank om at udsætte sin afgørelse, dels under hensyn til, at den belgiske fredsdommers dom i mellemtiden var blevet appelleret, dels under hensyn til, at det krav på godtgørelse af udgifterne til varige forbedringer, som fredsdommeren principielt havde givet medhold i, i mellemtiden var opgjort til 477 954 BFR i en foreløbig sagkyndig erklæring.

7. Ved kendelse af 13. april 1988 — dvs. i artikel 37, stk. 2's forstand »den afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen« — fastslog Arrondissementsrechtbank, at det, Van Dalfsen m.fl. påberåbte sig under appelsagen, ganske åbenbart ikke var, at fuldbyrdelse var tilladt på urigtigt grundlag, men kun at afgørelsen i appelsagen burde udsættes. Retten stadfæstede herefter den appellerede afgørelse. Den tog således ikke begæringen om udsættelse til følge, men den opstillede ex officio som betingelse for fuldbyrdelsestilladelse, at Van Loon m.fl. stillede en bankgaranti på 478 000 BFR, i tiden indtil vedkommende ret i hovedsagen havde truffet afgørelse om Van Dalfsen m.fl.'s subsidiære krav.

8. Denne afgørelse indbragte Van Dalfsen m.fl. for Nederlandenes Hoge Raad i form af en kassationsanke. For ankeinstansen gjorde de gældende, at Arrondissementsrechtbank havde lagt en urigtig opfattelse med hensyn til rækkevidden af de beføjelser, der ved konventionens artikel 38 er tillagt den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, til grund for sin afgørelse. Van Dalfsen m.fl. gjorde gældende, at det stod Arrondissementsrechtbank frit for — i forbindelse med sin stillingtagen til en eventuel udsættelse af afgørelsen i appelsagen og i forbindelse med krav om sikkerhedsstillelse som betingelse for fuldbyrdelsestilladelse — at tage hensyn til omstændigheder, som den udenlandske retsinstans allerede kunne have taget i betragtning, og (også) at støtte sine afgørelser om de nævnte forhold på sine forventninger til, om en (allerede anlagt eller fremtidig) ordinær appel- eller genoptagelsessag i domsstaten ville føre til det ønskede resultat[3].

9. På denne baggrund har Hoge Raad forelagt følgende spørgsmål:

»1) Kan afgørelser, som træffes af 'den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen', om en eventuel anvendelse af rettens beføjelser i henhold til Bruxelles-konventionens artikel 38, henholdsvis om anvendelse af beføjelserne på en bestemt måde, betragtes som 'den afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen', således at de i henhold til konventionens artikel 37, stk. 2, i Nederlandene kan anfægtes ved kassationsappel?

2) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, om de i spørgsmålet nævnte afgørelser, som træffes i henhold til konventionens artikel 38, er indeholdt i den (endelige) dom, hvorved der træffes afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen?

3 — Jf. i denne retning punkt 7 i det forslag til afgørelse, som er fremsat over for Nederlandenes Hoge Raad af procureur-generaal, og som nu findes i sagsakterne for Domstolen.

3) Kan 'den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen',

a) også anvende sine beføjelser efter konventionens artikel 38, stk. 1, såfremt den part, der har anfægtet afgørelsen, ikke fremfører andre grunde til støtte for sin begæring om, at afgørelsen udsættes, eller at tilladelse til fuldbyrdelsen gøres betinget af, at der stilles sikkerhed, end grunde, som den udenlandske ret kunne have taget i betragtning ved sin afgørelse,

b) kun anvende sine beføjelser efter konventionens artikel 38, stk. 1, såfremt den nævnte begæring også eller udelukkende støttes på anbringender, der ikke er fremført for den udenlandske ret, eller

c) kun anvende sine beføjelser efter konventionens artikel 38, stk. 1, såfremt begæringen også eller udelukkende støttes på anbringender, som ikke kunne være fremført for den udenlandske ret, fordi den part, der har anfægtet afgørelsen, ikke dengang havde kendskab til de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for anbringenderne?«

Konventionens artikel 37, stk. 2

10. For at kunne afgøre, om kassationsanken kan antages til realitetsbehandling, ønsker Hoge Raad oplyst, om en afgørelse — som i henhold til artikel 38 er truffet af den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, og som går ud på, at udsættelse af afgørelsen nægtes, og at der skal stilles sikkerhed — kan anfægtes ved kassationsappel i henhold til konventionens artikel 37, stk. 2.

I henhold til artikel 37, stk. 2, kan »den afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen« anfægtes ved kassationsappel (eller et tilsvarende retsmiddel). Domstolen har i dom af 27. november 1984 i sag 258/83, Brennero mod Wendel [4], antaget, at denne betegnelse skal fortolkes snævert. Den fandt, at en »procesledende eller foreløbig afgørelse« — hvorved det (ifølge Domstolen med urette [5]) var blevet pålagt fordringshaveren at stille sikkerhed — ikke var en afgørelse, der var truffet i appel- eller genoptagelsessagen, og at afgørelsen således ikke kunne anfægtes ved kassationsappel (i det konkrete tilfælde ved »Rechtsbeschwerde«). I denne forbindelse udtalte Domstolen:

»Efter konventionens almindelige opbygning og på baggrund af, at et af dens væsentligste formål er at forenkle proceduren i fuldbyrdelsesstaten, kan denne bestemmelse ikke udstrækkes, således at den også tillader et retsmiddel mod en anden afgørelse end den endelige afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen, som f.eks. et retsmiddel mod en procesledende eller foreløbig afgørelse om, at der skal foretages bevisførelse« (præmis 15).

11. Efter min opfattelse følger det af dommen, at heller ikke en afgørelse, som den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, træffer om, at den udsætter sin afgørelse i sagen, kan betragtes som en »afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen«, idet en sådan afgørelse om udsættelse naturligvis kun kan træffes ved en

4 — Sml. s. 3971.

5 — Der var nemlig truffet afgørelse om sikkerhedsstillelse (dvs. at fuldbyrdelse var tilladt), uden at retten havde truffet afgørelse vedrørende appellen (præmis 10-13).

»foreløbig afgørelse«. Situationen er imidlertid en anden, hvis der er tale om en afgørelse, hvorved udsættelse nægtes, eller hvorved der stilles krav om sikkerhedsstillelse, da sådanne afgørelser indebærer en afgørelse vedrørende appellen eller genoptagelsen, og de således normalt (som også i det konkrete tilfælde) er indeholdt i den endelige retsafgørelse, hvorved appellen eller genoptagelsen forkastes, og fuldbyrdelse tillades.

Spørgsmålet er herefter, om man på baggrund af dommen i Brennero-sagen må nå til det reslutat, at disse afgørelser, som ikke er foreløbige, men som rent formelt er indeholdt i den endelige retsafgørelse, må betragtes som afgørelser, »der træffes i appel- eller genoptagelsessagen«. Følger det, sagt med andre ord, af afgørelsen i Brennero-sagen, at enhver endelig afgørelse, som træffes af den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, kan anfægtes ved kassationsappel (et formelt kriterium), eller kan der kun iværksættes kassationsappel til anfægtelse af den endelige afgørelse i sagen, når der er tale om den egentlige afgørelse i appel- eller genoptagelsessagen, dvs. når der er tale om en realitetsafgørelse vedrørende i det konkrete tilfælde en forkastelse af appellen eller genoptagelsen, hvilket forudsætter en afgørelse vedrørende en af de i artikel 27 og 28 nævnte grunde (et materielt kriterium)?

12. Den snævre fortolkning af udtrykket »den afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen«, som Domstolen er gået ind for, begrundes i Brennero-sagen under henvisning til et af konventionens hovedformål, som er at opnå en forenkling af procedurerne i den stat, fuldbyrdelsesbegæringen rettes til. Som den nederlandske regering og den tyske regering med rette har anført, taler samme argumentation for kun at lade afgørelser, der vedrører selve appellen eller genoptagelsen være omfattet af udtrykket afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen, men derimod ikke de afgørelser, der omhandles i konventionens artikel 38.

Også i Jenard-rapporten [6] fremhæves det, at der bør anlægges en snæver fortolkning i forbindelse med artikel 37, stk. 2, idet det hedder:

»En ophobning af appel- eller genoptagelsessager, som af den tabende part udelukkende ville kunne anvendes i den hensigt at forhale sagen, ville betyde en hindring af den med konventionen tilstræbte frie bevægelighed for domme.«

13. I sine indlæg for Domstolen har Kommissionen gjort sig til talsmand for en anden opfattelse. Kommissionen har gjort gældende, at en afgørelse, hvorved den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, beslutter at udsætte sin afgørelse, klart ikke er »en afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen«. Dette må derimod være tilfældet for en afgørelse om, at sagen ikke udsættes, og for en afgørelse om, at fuldbyrdelse tillades mod sikkerhedsstillelse, idet disse afgørelser indebærer, at fuldbyrdelse kan ske.

Jeg kan ikke tilslutte mig den sidstnævnte opfattelse. Kommissionen tager efter min opfattelse ikke hensyn til, at de sidstnævnte afgørelser — selv om de normalt træffes samtidig med realitetsafgørelsen i appel- eller genoptagelsessagen og derfor er indeholdt i samme retsafgørelse — dog angår andre sagsforhold. Appel- eller genoptagelsesproceduren i henhold til artikel 36 angår realitetsspørgsmålene i appellen eller genoptagelsen og er af udpræget retlig karakter, idet procedurens formål er at få afgjort, om fuldbyrdelsestilladelsen bør ophæves, fordi den ikke burde være meddelt af de i artikel 27 og 28 (udtømmende) opregnede grunde,

6 — EFT C 59, s. 51-52.

som der henvises til i artikel 34. Den adgang, der i artikel 38 gives til at udsætte afgørelsen eller til at stille krav om sikkerhed, beror derimod på en afvejning af fordringshaverens og skyldnerens interesser. Ved at udsætte sin afgørelse hindrer retten i appel- eller genoptagelsessagen skyldneren i at anvende andre retsmidler end »sikrende retsmidler«, og ved at gøre fuldbyrdelse betinget af sikkerhedsstillelse tilgodeses skyldnerens interesser i fuldbyrdelsessituationen under hensyn til, at den udenlandske retsafgørelse eventuelt kan blive ændret ved appel eller genoptagelse. De afgørelser, som den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen træffer i denne forbindelse, kan således siges at være vilkår for fuldbyrdelsen. Hvis retten afslår at udsætte, eller hvis den træffer bestemmelse om sikkerhedsstillelse, træffer den dermed afgørelse om, på hvilke nærmere vilkår fuldbyrdelsen kan finde sted. En sådan afgørelse indebærer ganske vist, at der samtidig træffes realitetsafgørelse i appel- eller genoptagelsessagen, men den må holdes ude fra realitetsafgørelsen.

14. Under hensyn til, at det er nødvendigt at fastholde, at proceduren i fuldbyrdelsesstaten skal være så enkel som muligt, og under hensyn til, at sagsforholdet i en procedure i henhold til artikel 36, respektive artikel 38, er forskelligt, mener jeg således, at besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål må være, at udtrykket »afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen« skal forstås som afgørelser, der umiddelbart angår appellens eller genoptagelsens realitet. Disse afgørelser forekommer mig også at være de eneste, som fuldt ud er egnede til en prøvelse ved kassationasappel, da de angår retsspørgsmål i snæver forstand, mens de afgørelser, der træffes under proceduren i medfør af artikel 38, i det væsentlige tager sigte på en interesseafvejning.

Jeg vil derfor foretrække et indholdsmæssigt kriterium frem for et kriterium, som kun støttes på afgørelsens formelle karakter. Svaret på det andet præjudicielle spørgsmål må da også være, at også hvor en afgørelse, som træffes i medfør af artikel 38, er indeholdt i samme (endelige) retsafgørelse som den egentlige afgørelse vedrørende appellen eller genoptagelsen, vil der kun være adgang til kassationsappel, i det omfang afgørelsen vedrører appellens eller genoptagelsens realitet.

Denne løsning har endvidere den fordel, at appel- eller genoptagelsessagens parter behandles lige. Hvis man ville nægte adgang til kassationsappel, når en afgørelse i henhold til artikel 38 træffes i en foreløbig afgørelse (hvilket nødvendigvis er tilfældet for en afgørelse om udsættelse), men ville give adgang til kassationsappel, når en afgørelse i henhold til artikel 38 træffes i en endelig retsafgørelse (hvilket normalt er tilfældet for en afgørelse, hvorved udsættelse nægtes og fuldbyrdelse tillades, eventuelt mod sikkerhedsstillelse), så ville den part, der har anlagt appel- eller genoptagelsessagen, have adgang til at appellere den endelige retsafgørelse til kassationsinstansen, men modparten i appel- eller genoptagelsessagen ville ikke kunne appellere den foreløbige afgørelse til kassation[7].

Konventionens artikel 38, stk. 1

15. Arrondissementsrechtbank har besluttet ikke at tage begæringen om udsættelse af afgørelsen i appelsagen til følge med den

7 — Dette ligebehandlingsspørgsmål er specielt blevet fremhævet af procureur-generaal i punkt 11 i forslaget til Hoge Raad's afgørelse, jf. ovenfor i fodnote 3.

begrundelse, at Van Dalfsen m.fl. til støtte for begæringen ikke har anført andre grunde end dem, den udenlandske domstol allerede kunne have taget i betragtning, og at en hensyntagen til sådanne grunde ville indebære, at retten i appel- eller genoptagelsessagen reelt ville efterprøve den udenlandske retsafgørelses realitet. På den anden side stillede Arrondissementsrechtbank krav om sikkerhedsstillelse som betingelse for fuldbyrdelsestilladelsen, men dette skete under hensyn til en faktisk omstændighed, som var fremkommet efter afsigelsen af den udenlandske dom, nemlig den erklæring, hvori den af retten udpegede skønsmand havde opgjort størrelsen af Van Dalfsen m.fl.'s modkrav [8].

Som allerede nævnt har Van Dalfsen m.fl. for Hoge Raad gjort gældende, at Arrondissementsrechtbank hermed har lagt en urigtig opfattelse af rækkevidden af sine beføjelser i henhold til konventionens artikel 38 til grund. Van Dalfsen m.fl. har anført, at det står retten i appel- eller genoptagelsessagen frit for, når den træffer afgørelse i medfør af artikel 38, at tage hensyn til omstændigheder, som den udenlandske retsinstans allerede har kunnet tage i betragtning, og at retten i appel- eller genoptagelsessagen specielt skal lægge til grund for sin afgørelse, hvorledes den bedømmer udsigterne til, at der vil blive givet medhold i et ordinært retsmiddel, som i udlandet er eller kan blive taget i brug mod retsafgørelsen.

16. Med sit tredje præjudicielle spørgsmål anmoder Hoge Raad Domstolen om at tage stilling hertil, men Hoge Raad har dog begrænset spørgsmålet til kun at angå en afgørelse, som træffes vedrørende en begæring om udsættelse, jf. artikel 38, *stk. 1.*

I indlæggene for Domstolen har den nederlandske og den tyske regering på dette punkt tilsluttet sig den opfattelse, Van Dalfsen m.fl. har gjort gældende, mens Kommissionan har indtaget det modsatte synspunkt. Af de grunde, jeg skal gøre rede for i det følgende, tilslutter jeg mig Kommissionens synspunkt.

17. Den i artikel 38, stk. 1, hjemlede mulighed for, at den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, udsætter sin afgørelse — med den konsekvens at skyldneren, jf. artikel 39, kun kan anvende sikrende retsmidler — har (ligesom muligheden for, at retten gør fuldbyrdelsen betinget af, at der stilles en sikkerhed, jf. artikel 38, sidste stykke) til formål at

»beskytte den, mod hvem fuldbyrdelse begæres, mod ulemper, som eventuelt ville kunne affødes af fuldbyrdelsen af afgørelser, som endnu ikke har fået retskraft, og som måtte blive ændret« [9].

I dommen af 22. november 1977 i sagen Industrial Diamond Supplies mod Luigi Riva [10] udtalte Domstolen — som en præcisering af konventionens artikel 38 — at der for retten i den stat, begæringen er rettet til, ikke »er tale om en pligt... til at udsætte sin afgørelse, men blot om en mulighed herfor« (præmis 32), og »at den... kan udsætte sin afgørelse, når der kan opstå rimelig tvivl om den endelige afgørelse af den i domsstaten trufne afgørelse« (præmis 33).

Ved bedømmelsen af den skade, en part kan lide som følge af fuldbyrdelsen af retsafgø-

8 — Jf. uddragene af Arrondissementsrechtbank's dom i punkt 3 i procureur-generaal's afgørelse (se fodnote 7).

9 — Jenard-rapporten, EFT 1979 C 59, s. 52.

10 — Sag 43/77, s. 2175, præmis 32 og 33.

relsen, skal retten i appel- eller genoptagelsessagen naturligvis tage hensyn til den risiko, der altid rent abstrakt består for, at den afgørelse, som skal fuldbyrdes, helt eller delvis ændres i appelinstansen. Denne risiko må retten afveje over for den skade, fuldbyrdelsen kan forvolde for skyldneren — dvs. ud fra skadens omfang og dens eventuelt uoprettelige karakter. Spørgsmålet er herefter, om retten under denne afvejning også må tage hensyn til omstændigheder eller anbringender, som den udenlandske retsinstans allerede har taget i betragtning eller kunne have taget i betragtning, således at den konkret kan vurdere udsigterne til, at afgørelsen ændres i appelinstansen, eller om retten kun har adgang til at tage hensyn til anbringender og omstændigheder, som den udenlandske retsinstans ikke havde kendskab til og heller ikke kunne have kendskab til.

18. Ved besvarelsen af dette spørgsmål må det i første række fremhæves, at udgangspunktet i artikel 31, stk. 1, er, at retsafgørelser, som er eksigible i den stat, hvor de er truffet — også selv om de ikke har fået retskraft — også kan fuldbyrdes i den stat, begæringen rettes til. Dette medfører, således som Kommissionen har anført under retsmødet, at den ordning, der gælder mellem de kontraherende stater, i videst muligt omfang må ligestilles med den ordning, der gælder i hver enkelt stat med hensyn til en retsafgørelse, der er erklæret eksigibel.

En udsættelse af afgørelsen i appel- eller genoptagelsessagen og det deraf følgende forbud mod at anvende andre end sikrende retsmidler (samt — men mindre udpræget — en bestemmelse om, at der skal stilles sikkerhed) gør i et vist omfang indgreb i dette princip. Heraf følger, at den kompetence, der er givet hertil, må benyttes sparsomt eller på tilbageholdende måde [11]. Dette giver allerede en antydning af, at der kun må tages hensyn til omstændigheder og argumenter, som den udenlandske retsinstans ikke kendte og heller ikke kunne have kendskab til.

19. At det rent faktisk forholder sig således, følger imidlertid (som Arrondissementsrechtbank også har anført) først og fremmest af bestemmelserne i artikel 34, stk. 3, hvorefter retterne i den stat, begæringen rettes til, »i intet tilfælde [kan efterprøve den udenlandske afgørelse] med hensyn til sagens realitet«. Hvis den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, når den skal træffe afgørelse om at udsætte sagen (eller at stille krav om sikkerhed), kunne tage hensyn til argumenter og omstændigheder, som den udenlandske retsinstans allerede havde kendskab til, ville der være en reel risiko for, at den efterprøvede den udenlandske retsafgørelses realitet. Dette vil specielt gælde realitetsspørgsmålene i afgørelsen om at erklære retsafgørelsen umiddelbart eksigibel, idet en sådan afgørelse også beror på, i hvilken grad den udenlandske retsinstans finder sig bestyrket i sin overbevisning med hensyn til sagens realitet.

For at undgå risikoen herfor mener jeg, at retten i appel- eller genoptagelsessagen — når den afvejer udsigterne til, at det retsmiddel, der er taget i brug mod den udenlandske retsafgørelse, fører til det ønskede resultat, over for den ulempe, skyldneren må lide ved en ubetinget fuldbyrdelse (eventuelt uden sikkerhedsstillelse) — kun må lade sig lede af overvejelser, som den uden-

11 — Jf. punkt 14 og 15 i procureur-generaal's forslag til Hoge Raad's afgørelse (se fodnote 3) samt G. Müller i A. Bülow og K.-H. Böckstigel: *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, nr. 606 256.

landske retsinstans ikke kunne eller måtte tage i betragtning. Dette vil for det første være, at der er taget et retsmiddel i brug, at det retsmiddel, der er taget i brug i udlandet, klart vil være at afvise (men ikke at det klart må forkastes [12]), eller at det må forudses, at den procedure, retsmidlet giver anledning til, vil være af længere varighed. For det andet vil det være karakteren og omfanget af den skade, modparten vil lide ved en ubetinget fuldbyrdelse — herunder at skaden eventuelt er uoprettelig — eller på den anden side, at de sikrende retsmidler, der kan anvendes, såfremt afgørelsen udsættes, er utilstrækkelige for den part, der begærer fuldbyrdelsen foretaget [13]. Når Arrondissementsrechtbank har taget hensyn til den foreløbige opgørelse af godtgørelsen til Van Dalfsen m.fl. for varige forbedringer af det lejede (jf. ovenfor i punkt 7), kan det forhold, der er taget i betragtning, efter min opfattelse henregnes til den kategori af omstændigheder, som den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, har ret til at tage i betragtning, da der er tale om et forhold — vedrørende skadens omfang — som den oprindelige retsinstans intet vidste om, og som efter sin karakter kan have betydning for interesseafvejningen i forbindelse med fuldbyrdelsen af retsafgørelsen.

20. Der opstår et særligt problem med hensyn til omstændigheder og argumenter, som den udenlandske ret ikke havde kandskab til, da den traf sin afgørelse, men som var kendt af den part, der iværksætter appel- eller genoptagelsessagen, uden at de dog blev fremført for den udenlandske retsinstans. Efter min opfattelse kan den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, heller ikke tage disse omstændigheder eller argumenter i betragtning. Som Kommissionen med rette har anført, kan det kun herved forhindres, at fuldbyrdelsen af en retsafgørelse, som er truffet i udlandet, og som dér er erklæret eksigibel, vanskeliggøres — på grund af en undladelse fra den parts side, der nu appellerer eller begærer genoptagelse — og at den tilsigtede virkning af konventionens artikel 31 således ikke opnås.

Domstolen har endnu ikke taget stilling til dette problem, men til støtte for den her forsvarede opfattelse kan der henvises til dom af 4. februar 1988 i sagen Hoffmann mod Krieg [14], hvori Domstolen udtalte:

»Konventionens artikel 36 skal fortolkes således, at den part, som ikke i henhold til denne bestemmelse har anfægtet afgørelsen om at tillade fuldbyrdelse, ikke længere under fuldbyrdelsen af retsafgørelsen kan fremsætte en indsigelse, som kunne være gjort gældende i forbindelse med anfægtelsen af fuldbyrdelsespåtegningen...«

Heraf følger, at en parts undladelse af at tage et retsmiddel i brug — uanset hvad årsagen hertil måtte være — medfører, at parten i et senere stadium afskæres fra at fremføre et anbringende, som kunne være fremført til støtte for retsmidlet. I analogi hermed må det i den foreliggende sag efter min opfattelse fastslås, at en part, der har undladt at fremføre omstændigheder og argumenter for den udenlandske retsinstans, ikke senere kan påberåbe sig dem for den ret, der skal træffe bestemmelse om udsættelse af afgørelsen i appel- eller genoptagelsessagen (eller om, at der skal stilles sikkerhed).

12 — Dette ville nemlig kræve en efterprøvelse af den oprindelige afgørelses realitet.

13 — Jf. P. Kaye: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, 1987, s. 1643, S. O'Malley og A. Layton: *European Civil Practice*, 1989, s. 770 ff., og A. Huet: kommentar til dommen i sag 43/77, *Journal de droit international*, 1978, s. 403.

14 — Sag 145/86, Sml. s. 645, domskonklusionens punkt 4.

21. Sammenfattende skal jeg foreslå Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål således:

»1) En afgørelse i henhold til Bruxelles-konventionens artikel 38, der træffes af den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, kan ikke anses for at være en 'afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen' som omhandlet i konventionens artikel 37, stk. 2, og den kan således ikke anfægtes ved kassationsappel.

2) Når en afgørelse i henhold til konventionens artikel 38, og en 'afgørelse, der træffes i appel- eller genoptagelsessagen' er indeholdt i samme retsafgørelse, er der alene adgang til at anfægte den sidstnævnte afgørelse ved kassationsappel.

3) Konventionens artikel 38, stk. 1, skal fortolkes således, at den ret, der behandler appel- eller genoptagelsessagen, ved sin påkendelse af en begæring om, at afgørelsen udsættes, udelukkende kan tage hensyn til andre anbringender end dem, den udenlandske retsinstans har taget i betragtning, eller som den kunne have taget i betragtning, såfremt den part, der har iværksat appellen eller genoptagelsen, ikke på daværende tidspunkt havde undladt at gøre dem gældende.«