CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL W. VAN GERVEN van 11 juli 1991 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. De onderhavige zaak betreft een verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden (hierna „de verwijzende rechter") om bij wijze van prejudiciële beslissing overeenkomstig het Protocol van 3 juni 1971 een uitspraak te doen over de interpretatie van de artikelen 37, lid 2, en 38, lid 1, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna „Executieverdrag").[1] De aan het Hof gestelde vragen zijn gerezen in het kader van een cassatieberoep ingesteld bij de verwijzende rechter door B. J. van Dalfsen, J. Timmerman, H. van Dalfsen, J. Harmke, en G. van Dalfsen (hierna „Van Dalfsen e.a.") tegen een vonnis van de Arrondissementsrechtbank te Zwolle (Nederland). Zij betreffen de procedure voorzien in voormelde artikelen van het Executieverdrag met betrekking tot het verzet tegen het verlof tot tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen die in een andere verdragsluitende staat zijn gewezen.

2. Met de eerste twee algemeen geformuleerde vragen wil de Hoge Raad eigenlijk weten — en dit ter beoordeling van de ontvankelijkheid van het cassatieberoep — of tegen de weigering van de Arrondissementsrechtbank om zijn uitspraak over het verzet tegen het verlof tot tenuitvoerlegging aan te houden, een beroep in cassatie als voorzien in artikel 37, lid 2, Executieverdrag kan worden ingesteld. Met de derde vraag wil de Hoge Raad weten — ter beoordeling van het door Van Dalfsen opgeworpen cassatiemiddel, als dat ontvankelijk is — met welke argumenten de Arrondissementsrechtbank rekening had mogen houden bij een beslissing overeenkomstig artikel 38, lid 1, Executieverdrag over het al dan niet aanhouden van zijn uitspraak over het verzet.

Juridische achtergrond

3. De artikelen 37, lid 2, en 38 Executieverdrag die in de onderhavige zaak ter discussie staan, maken deel uit van titel III, afdeling 2 van het Executieverdrag (artikelen 31 tot 45) betreffende de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen die uitvoerbaar zijn in de staat waar zij zijn gewezen. Overeenkomstig artikel 31 Executieverdrag kunnen zulke rechterlijke beslissingen ten uitvoer worden gelegd in een andere verdragsluitende staat nadat zij aldaar, op verzoek van een belanghebbende partij, door de krachtens artikel 32 Executieverdrag bevoegde rechterlijke instantie en overeenkomstig de in artikelen 33 tot 35 en 42 tot 45 Executieverdrag neergelegde regels, uitvoerbaar zijn verklaard. Van bijzonder belang is dat de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd, in deze stand van de procedure door voormelde rechterlijke instantie niet wordt gehoord, dat een verzoek tot tenuitvoerlegging slechts omwille van één van de in de artikelen 27 en 28 Executieverdrag genoemde redenen kan worden afgewezen en dat in geen geval mag

* Oorspronkelijke taal: Nederlands.
1 — PB 1972, L 299, blz. 32.

worden overgegaan tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing (artikel 34).

4. Wordt het verlof tot tenuitvoerlegging geweigerd, dan kan de verzoeker overeenkomstig artikel 40 Executieverdrag daartegen beroep instellen bij de in dat artikel genoemde gerechten tegen wier beslissing op zijn beurt overeenkomstig artikel 41 Executieverdrag een beroep in cassatie of een gelijkaardig beroep kan worden ingesteld.

Wordt het verlof tot tenuitvoerlegging echter toegestaan, dan kan de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd overeenkomstig artikel 36 Executieverdrag binnen een maand na de betekening van de beslissing daartegen verzet doen bij de in artikel 37, lid 1, Executieverdrag vermelde gerechten. Aangezien het verzoek om tenuitvoerlegging volgens artikel 34 slechts had kunnen afgewezen worden om één van de in de artikelen 27 en 28 Executieverdrag genoemde redenen, zal ook het verzet tegen het toegestane verlof op een van die redenen moeten worden gesteund. Overeenkomstig artikel 39 Executieverdrag kunnen gedurende de termijn van verzet en tot op het tijdstip dat over het verzet uitspraak is gedaan, ten aanzien van de goederen van de partij tegen wie de tenuitvoerlegging is gevraagd slechts bewarende maatregelen worden genomen; de beslissing waarbij de tenuitvoerlegging wordt toegestaan houdt tevens het verlof in deze maatregelen te treffen.

Indien tegen de beslissing waarvoor het verlof tot tenuitvoerlegging werd gevraagd, inmiddels in de staat van herkomst een gewoon rechtsmiddel is aangewend of indien de termijn daarvoor nog niet is verstreken, dan kan overeenkomstig artikel 38, lid 1, Executieverdrag het gerecht dat over het verzet oordeelt, op verzoek van de partij die het verzet heeft gedaan zijn uitspraak over het verzet aanhouden. Overeenkomstig artikel 38, laatste lid, Executieverdrag kan het gerecht het verlof tot tenuitvoerlegging echter ook geven op voorwaarde dat zekerheid wordt gesteld ten voordele van degene tegen wie het verlof wordt gegeven.

„Tegen de op het verzet gegeven beslissing" kan overeenkomstig artikel 37, lid 2, Executieverdrag een beroep in cassatie of een gelijkaardig beroep worden ingesteld.

Feitelijke en procedurele achtergrond

5. Bij vonnis van 21 oktober 1986 van de vrederechter van het kanton Herentals (België) werden Van Dalfsen e.a. veroordeeld tot betaling aan B. van Loon en T. Berendsen (hierna „Van Loon e.a.") van achterstallige huur ten belope van 2 700 000 BFR, vermeerderd met rente. In hetzelfde vonnis erkende de vrederechter in principe het recht van Van Dalfsen e.a. op terugbetaling van de kosten van door hen gedane duurzame investeringen in het huurpand en gelastte een deskundigenverslag om de hoogte van deze kosten te bepalen. De vrederechter verklaarde het vonnis „uitvoerbaar bij voorraad niettegenstaande alle rechtsmiddelen en zonder borgstelling".[2]

6. Op 17 december 1986 stelden Van Dalfsen e.a. hoger beroep in tegen dit vonnis bij de Rechtbank van eerste aanleg te Turnhout (België). Van hun kant verzochten Van Loon e.a. de president van de voornoemde Arrondissementsrechtbank overeenkomstig artikel 31 Executieverdrag om toelating

2 — Voor een uitgebreider relaas van de procedure voor de Belgische vrederechter verwijs ik naar het rapport ter terechtzitting, blz. I-4745.

voor de tenuitvoerlegging in Nederland van het in België bij voorraad uitvoerbaar verklaarde vonnis. Bij beschikking van 23 januari 1987 gaf de president van de Arrondissementsrechtbank verlof tot tenuitvoerlegging. Overeenkomstig artikel 36 Executieverdrag hebben Van Dalfsen e.a. op 2 april 1987 tegen dit verlof tot tenuitvoerlegging verzet gedaan bij de Arrondissementsrechtbank. Zij verzochten die rechtbank evenwel om haar uitspraak over het verzet aan te houden gelet op het hoger beroep dat inmiddels in België was ingesteld tegen het vonnis van de vrederechter èn gelet op het feit dat de vordering tot vergoeding van de kosten voor duurzame investeringen die door de vrederechter in principe was aanvaard, inmiddels in een voorlopig deskundigenverslag op 477 954 BFR was begroot.

7. Bij vonnis van 13 april 1988, dat is „de op het verzet gegeven beslissing" in de zin van artikel 37, lid 2, heeft de Arrondissementsrechtbank vastgesteld dat aan het verzet van Van Dalfsen e. a. kennelijk niet een bestrijding van de rechtmatigheid van het gegeven verlof tot tenuitvoerlegging ten grondslag lag, doch uitsluitend het verzoek de uitspraak over het verzet aan te houden. Zij verklaarde het verzet ongegrond, wees het verzoek tot aanhouding af maar verbond ambtshalve aan het verlof tot tenuitvoerlegging de voorwaarde dat Van Loon e.a. een bankgarantie ten bedrage van 478 000 BFR zouden stellen totdat door de rechter a quo uitspraak zou zijn gedaan over de subsidiaire vordering van Van Dalfsen e.a.

8. Tegen dit vonnis hebben Van Dalfsen e.a. bij de verwijzende rechter een cassatieberoep ingesteld. Daarin stellen zij dat de Arrondissementsrechtbank is uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent de omvang van de bevoegdheden die ingevolge artikel 38 Executieverdrag aan de rechter op het verzet toekomen. Van Dalfsen e.a. menen dat het de Arrondissementsrechtbank vrij stond, bij haar beslissingen inzake het aanhouden van de uitspraak op verzet en het verbinden van zekerheidstelling aan het verlof tot tenuitvoerlegging, rekening te houden met omstandigheden die de buitenlandse rechter reeds in zijn uitspraak heeft kunnen betrekken en die beslissingen (mede) te baseren op haar prognose van de kans van slagen van het in het buitenland ingestelde of nog in te stellen gewone rechtsmiddel.[3]

9. Door de verwijzende rechter werden de volgende vragen voorgelegd:

„1) Kunnen beslissingen van ‚het gerecht dat over het verzet oordeelt' om al dan niet, onderscheidenlijk op een bepaalde wijze gebruik te maken van de hem in artikel 38 Executieverdrag toegekende bevoegdheden worden aangemerkt als een ‚op het verzet gegeven beslissing' waartegen, ingevolge het tweede lid van artikel 37 Executieverdrag, in Nederland beroep in cassatie openstaat?

2) Maakt het voor de beantwoording van vraag 1 verschil of de op artikel 38 Executieverdrag gebaseerde beslissingen als in die vraag bedoeld, al dan niet zijn neergelegd in het (eind-)vonnis waarbij over het verzet uitspraak wordt gedaan?

3 — Aldus nr. 7 van de bij het dossier gevoegde conclusie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden.

3) Mag ‚het gerecht dat over het verzet oordeelt' van de hem in het eerste lid van artikel 38 Executieverdrag toegekende bevoegdheden:

a) ook dan gebruik maken indien de partij die het verzet heeft gedaan, geen andere gronden aanvoert voor haar verzoek om de uitspraak aan te houden dan wel om aan het verlof tot tenuitvoerlegging de voorwaarde te verbinden dat zekerheid wordt gesteld dan die welke de rechter in den vreemde in zijn beslissing heeft kunnen betrekken?

b) enkel gebruik maken indien aan bedoeld verzoek mede of uitsluitend stellingen ten grondslag worden gelegd die in het geding voor de vreemde rechter niet zijn aangevoerd, of

c) enkel gebruik maken indien aan het verzoek mede of uitsluitend stellingen ten grondslag worden gelegd die in het geding voor de vreemde rechter niet aangevoerd konden worden omdat de feiten die daaraan ten grondslag liggen toen aan de partij die het verzet heeft gedaan, nog onbekend waren?"

die geweigerd heeft zijn uitspraak aan te houden en het stellen van zekerheid heeft gelast.

Artikel 37, lid 2, Executieverdrag

10. Ter beoordeling van de ontvankelijkheid van het bij hem ingestelde beroep in cassatie, wil de verwijzende rechter weten of ingevolge artikel 37, lid 2, Executieverdrag een cassatieberoep kan worden ingesteld tegen een op grond van artikel 38 door de rechter op verzet gegeven beslissing waarbij

Artikel 37, lid 2, voorziet in de mogelijkheid een beroep in cassatie (of een gelijkaardig beroep) in te stellen tegen „de op het verzet gegeven beslissing". In zijn arrest van 27 november 1984 in zaak 258/83, Brennero [4], heeft het Hof gesteld dat deze woorden eng moeten worden geïnterpreteerd en verklaarde voor recht dat een voorlopige of interlocutoire beslissing waarbij (volgens het Hof ten onrechte [5]) een zekerheidstelling aan de schuldeiser was opgelegd, geen „op het verzet gegeven beslissing" uitmaakt en dus niet met een beroep in cassatie (in casu met een „Rechtsbeschwerde") kan worden aangevochten. Het Hof overwoog in dit verband dat:

„gezien de algemene opzet van het Executieverdrag en gelet op een der belangrijkste doelstellingen ervan, te weten de vereenvoudiging van de procedures in de aangezochte staat, (...) deze bepaling niet aldus [kan] worden uitgebreid, dat de voorziening ook mogelijk zou zijn tegen een andere dan de op het verzet gegeven beslissing, bijvoorbeeld tegen een praeparatoire of interlocutoire beslissing waarbij maatregelen van instructie worden gelast" (r. o. 15).

11. Uit voornoemd arrest volgt mijns inziens dat ook een beslissing van de rechter op verzet om zijn uitspraak aan te houden, niet kan worden aangemerkt als een „op het verzet gegeven beslissing" aangezien een dergelijke beslissing tot aanhouden uiteraard slechts bij interlocutoire beslissing kan worden genomen. Dit is echter anders bij een

4 — Jurispr. 1984, blz. 3971.

5 — De zekerheidstelling was immers opgelegd (en tenuitvoerlegging derhalve toegestaan) zonder dat het gerecht over het verzet zelf uitspraak had gedaan (r. o. 10 tot en met 13).

beslissing waarbij het aanhouden van de uitspraak wordt geweigerd of zekerheidstelling wordt gelast, aangezien dergelijke beslissingen een uitspraak over het verzet veronderstellen en zij dus normalerwijze (zoals ook in onderhavige zaak) zijn neergelegd in de eindbeschikking waarin het verzet ongegrond wordt verklaard en de tenuitvoerlegging wordt toegestaan.

De vraag is dan of men in het licht van Brennero moet besluiten dat deze beslissingen die géén interlocutoire beschikkingen zijn maar formeel deel uitmaken van de eindbeschikking, als „op het verzet gegeven beslissingen" mogen worden aangemerkt. Met andere woorden, volgt uit Brennero dat tegen elke eindbeschikking van het gerecht dat over het verzet oordeelt, een beroep in cassatie kan worden ingesteld (formeel criterium) of kan een beroep in cassatie slechts worden ingesteld tegen de eindbeschikking in zover zij de eigenlijke beslissing over het verzet betreft, dat is in zover zij de gegrondheid betreft van in casu de afwijzing van het verzet hetgeen een uitspraak veronderstelt over een van de in de artikelen 27 en 28 genoemde redenen (materieel criterium) ?

12. De door het Hof voorgestane enge interpretatie van de woorden „op het verzet gegeven beslissingen" wordt in Brennero verantwoord met een verwijzing naar een der belangrijkste doelstellingen van het Executieverdrag, namelijk de vereenvoudiging van de procedures voor tenuitvoerlegging in de aangezochte staat. Deze overweging pleit er eveneens voor, zoals door de Nederlandse en de Duitse regering terecht wordt gesteld, om alleen beslissingen die het verzet zelf betreffen en niet de beslissingen bedoeld in artikel 38 Executieverdrag onder de uitdrukking „op het verzet gegeven beslissingen" te brengen.

Ook in het rapport Jenard[6] wordt de nood aan een enge interpretatie beklemtoond in verband met artikel 37, lid 2, en wordt erop gewezen dat:

„Een veelvoud van rechtsmiddelen een belemmering [zou] vormen voor het door het Verdrag nagestreefde vrije verkeer van vonnissen, omdat de verliezende partij van deze middelen uitsluitend gebruik zou kunnen maken om deze zaak te rekken."

13. In haar opmerkingen voor het Hof staat de Commissie een andere opvatting voor. Voor haar is de beslissing van de rechter op verzet om zijn uitspraak aan te houden duidelijk geen beslissing over het verzet. Daarentegen zijn de beslissing waarbij het aanhouden van de uitspraak wordt geweigerd evenals de beslissing waarbij aan de tenuitvoerlegging een voorwaarde van zekerheidstelling wordt verbonden, wel beslissingen over het verzet omdat zij impliceren dat tot tenuitvoerlegging kan worden overgegaan.

Ik ben het met dit laatste niet eens. De opvatting van de Commissie miskent mijns inziens dat, ofschoon laatstgenoemde beslissingen normalerwijze samenvallen met de beslissing over de gegrondheid van het verzet en bijgevolg in eenzelfde beschikking zijn vervat, zij niettemin een verschillend voorwerp hebben. De in artikel 36 Executieverdrag voorziene verzetprocedure betreft de gegrondheid van het verzet en heeft een uitgesproken juridisch voorwerp: het gaat erom te weten of het verlof van tenuitvoerlegging moet worden ingetrokken omdat het niet had mogen zijn gegeven gelet op de in de artikelen 27 en 28 limitatief opgesomde redenen waarnaar artikel 34 verwijst.

6 — PB 1979, C 59, blz. 51 en 52.

De in artikel 38 voorziene mogelijkheid tot aanhouden van de beslissing dan wel tot gelasten van zekerheidstelling heeft daarentegen een afweging van de belangen van schuldeiser en debiteur op het oog: door zijn uitspraak aan te houden belet de rechter op verzet dat de schuldeiser meer dan bewarende maatregelen kan nemen; door de tenuitvoerlegging aan een voorwaarde van zekerheidstelling te onderwerpen, worden de belangen van de debiteur in het geval van tenuitvoerlegging gevrijwaard met het oog op een eventuele wijziging in hoger beroep van de buitenlandse rechterlijke uitspraak. De in dat verband door de rechter op verzet genomen beslissingen modaliseren met andere woorden de tenuitvoerlegging. Weigert hij de aanhouding of gelast hij een zekerheidstelling, dan neemt hij bijgevolg een beslissing over de modaliteiten van tenuitvoerlegging. Zulk een beslissing impliceert weliswaar dat terzelfder tijd een beslissing over de gegrondheid van het verzet wordt genomen, maar daarvan is te onderscheiden.

14. Gelet op de noodzaak om de procedure in de aangezochte staat zo eenvoudig mogelijk te houden en met inachtneming van het verschillend voorwerp van de in artikel 36 respectievelijk artikel 38 bedoelde procedures, meen ik dus, in antwoord op de eerste prejudiciële vraag, te mogen stellen dat de woorden „op het verzet gegeven beslissingen" verwijzen naar de beslissingen die rechtstreeks de gegrondheid van het verzet betreffen. Dit lijken mij overigens de enige beslissingen te zijn die zich volledig lenen tot een voorziening in cassatie aangezien zij rechtsvragen in de strikte zin van het woord betreffen terwijl de beslissingen in het kader van de in artikel 38 bedoelde procedures in wezen een belangenafweging op het oog hebben.

Ik geef bijgevolg de voorkeur aan een inhoudelijk veeleer dan aan een louter op de formele aard van de beschikking gesteund criterium. Het antwoord op de tweede prejudiciële vraag moet dan ook luiden dat, ook wanneer een op artikel 38 gebaseerde beslissing in dezelfde (eind)beschikking besloten ligt als de eigenlijke beslissing over het verzet, tegen dergelijke eindbeschikking enkel een beroep in cassatie openstaat in zover zij de gegrondheid van het verzet betreft.

Deze oplossing heeft als bijkomend voordeel dat zij de gedingpartijen bij de verzetprocedure gelijk behandelt. Zou men de mogelijkheid van een cassatieberoep afwijzen wanneer een in verband met artikel 38 genomen beslissing in een interlocutoire beschikking wordt gegeven (hetgeen noodzakelijkerwijze het geval is bij een beslissing tot aanhouden) maar ze toestaan wanneer een dergelijke beslissing in een eindbeschikking is vervat (hetgeen normalerwijze het geval is bij een beslissing waarbij aanhouding geweigerd wordt en tenuitvoerlegging toegelaten wordt desgevallend mits zekerheidstelling) dan beschikt de partij die verzet heeft gedaan wel over een cassatieberoep tegen laatstbedoelde eindbeschikking maar beschikt de partij tegen wie verzet wordt gedaan niet over een cassatieberoep tegen eerstbedoelde interlocutoire beschikking. [7]

Artikel 38, lid 1, Executieverdrag

15. De Arrondissementsrechtbank heeft het verzoek tot aanhouding van zijn uitspraak over het verzet verworpen op grond van de

7 — Op dit punt van gelijke behandeling heeft de procureur-generaal bij de Hoge Raad in nr. 11 van zijn reeds in voetnoot 3 vermelde conclusie speciaal de aandacht gevestigd.

overweging dat Van Dalfsen e.a. ter ondersteuning van dit verzoek geen andere gronden hebben aangevoerd dan degene die de rechter in den vreemde reeds in zijn beslissing heeft kunnen betrekken en dat inachtneming van dergelijke gronden tot gevolg zou hebben dat de rechter op verzet in wezen de juistheid van de buitenlandse beslissing zou onderzoeken. De Arrondissementsrechtbank voorzag het verlof tot tenuitvoerlegging wel van een voorwaarde van zekerheidstelling en dat met inachtneming van een na de buitenlandse beslissing voorgekomen nieuw feit, namelijk het inmiddels uitgebrachte rapport van de gerechtelijke deskundige waarin de tegeneis van Van Dalfsen e.a. werd begroot.[8]

Zoals reeds vermeld werpen Van Dalfsen e.a. voor de verwijzende rechter op dat de Arrondissementsrechtbank aldus is uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent de omvang van de haar in artikel 38 Executieverdrag toegekende bevoegdheid. Volgens Van Dalfsen e.a. staat het de rechter op verzet vrij om bij zijn beslissingen ex artikel 38, rekening te houden met omstandigheden die de buitenlandse rechter reeds in zijn beslissing heeft kunnen betrekken en dient de rechter op verzet die beslissingen in het bijzonder te baseren op zijn prognose van de kans van slagen van het gewoon rechtsmiddel dat in het buitenland tegen het vonnis is of nog kan worden aangewend.

16. Met de derde prejudiciële vraag verzoekt de verwijzende rechter het Hof hieromtrent stelling te nemen, zij het dat hij de vraag wel beperkt tot een beslissing genomen in verband met een verzoek tot aanhouding waarvan sprake in artikel 38, *lid 1.*

In hun opmerkingen voor het Hof, sluiten de Nederlandse en de Duitse regering zich op dit punt aan bij de door Van Dalfsen e.a. verdedigde opvatting, terwijl de Commissie voor de andere opvatting opteert. Om de hierna genoemde redenen ben ik het eens met de Commissie.

17. De in artikel 38, lid 1, voorziene mogelijkheid om de uitspraak over het verzet aan te houden met als gevolg dat, overeenkomstig artikel 39, door de schuldeiser alleen nog bewarende maatregelen mogen worden genomen, heeft (net zoals de in artikel 38, laatste lid, voorziene mogelijkheid om het verlof tot tenuitvoerlegging van het stellen van een zekerheid afhankelijk te maken) tot doel

„de debiteur te beschermen tegen schade die zou kunnen voortvloeien uit de tenuitvoerlegging van nog niet in kracht van gewijsde gegane beslissing die later zou worden gewijzigd."[9]

In zijn arrest van 22 november 1977, Industrial Diamond Supplies[10], stelde het Hof ter verduidelijking van artikel 38 Executieverdrag dat het gerecht van de aangezochte staat „niet de plicht, doch slechts de bevoegdheid heeft om zijn uitspraak aan te houden" (r. o. 32) en dat hij „telkens wanneer redelijke twijfel bestaat over het uiteindelijke lot van de beslissing in de staat van herkomst, (hij) zijn uitspraak kan aanhouden" (r. o. 33).

Bij de beoordeling van het nadeel dat een partij ingevolge de tenuitvoerlegging van de

8 — Men vindt de desbetreffende citaten uit het vonnis van de Arrondissementsrechtbank in nr. 3 van de in vorige voetnoot vermelde conclusie.

9 — Rapport Jenard, PB 1979, C 59, blz. 52.

10 — Zaak 43/77, Jurispr. 1977, blz. 2175, r. o. 32 en 33.

beslissing kan ondergaan, moet de rechter op verzet uiteraard rekening houden met de in abstracto altijd bestaande kans dat de beslissing a quo in hoger beroep geheel of gedeeltelijk zal worden herzien. Deze kans moet hij afwegen tegen de omvang en het eventueel onomkeerbaar karakter van de schade die de tenuitvoerlegging aan de debiteur kan toebrengen. Mag het bevoegde gerecht bij deze afweging ook rekening houden met feiten en argumenten die de buitenlandse rechter reeds in zijn beslissing heeft betrokken of had kunnen betrekken zodat het de kans van herziening in beroep in concreto kan beoordelen, of mag het enkel rekening houden met argumenten en feiten die aan de buitenlandse rechter niet gekend waren en ook niet konden gekend zijn ?

18. Bij de beantwoording van deze vraag moet in de eerste plaats worden benadrukt dat artikel 31, lid 1, ervan uitgaat dat beslissingen die uitvoerbaar zijn in de staat van herkomst, al hebben zij geen kracht van gewijsde, ook in de aangezochte staat kunnen worden ten uitvoer gelegd. Dit brengt mee, zoals door de Commissie ter terechtzitting werd gepleit, dat de tussen de verdragsluitende staten geldende regeling zoveel mogelijk moet worden gelijk gesteld met de regeling die binnen hun nationaal grondgebied geldt met betrekking tot een uitvoerbaar verklaarde rechterlijke beslissing.

Het aanhouden van de uitspraak over het verzet en het eruit voortvloeiende verbod andere dan bewarende maatregelen te treffen (evenals, zij het minder, het gelasten van zekerheidstelling) doen in een zekere mate afbreuk aan dit principe. Hieruit volgt dat de met het oog daarop verleende bevoegdheid op een spaarzame of terughoudende manier moet worden aangewend.[11] Dit is op zichzelf al een aanduiding dat enkel rekening mag gehouden worden met feiten en argumenten die de buitenlandse rechter niet kende en evenmin kon kennen.

19. Dat dit inderdaad zo is, volgt echter vooral (zoals ook door de Arrondissementsrechtbank werd opgemerkt) uit de in artikel 34, lid 3, neergelegde regel volgens dewelke de rechterlijke instanties van de aangezochte staat „in geen geval (overgaan) tot een onderzoek van de juistheid van de in den vreemde gegeven beslissing". Zou de rechter op verzet bij zijn beslissing over het aanhouden van zijn uitspraak (dan wel over het gelasten van zekerheidstelling) rekening mogen houden met argumenten en feiten die de buitenlandse rechter reeds kende, dan is het risico reëel dat hij de juistheid van de buitenlandse beslissing gaat controleren en in het bijzonder de juistheid van het uitvoerbaar verklaren van die beslissing bij voorraad, een uitvoerbaarverklaring welke mede ingegeven is door de sterkte van de overtuiging die de buitenlandse rechter heeft verworven aangaande de grond van de zaak.

Om dit risico te vermijden meen ik dat de rechter op verzet die de kans van slagen van het tegen de buitenlandse beslissing aangewende rechtsmiddel afweegt tegen het nadeel van de debiteur bij onverkorte (en eventueel niet door een zekerheid gewaarborgde) tenuitvoerlegging, zich enkel mag laten leiden door overwegingen waarmee de buitenlandse rechter geen rekening kon of

11 — Zie nrs. 14 en 15 van de in voetnoot 3 vermelde conclusie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, evenals G. Müller in A. Bülow en K.-H. Böckstiegel, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen*, nr. 606 256.

mocht houden. Dit zijn, in de eerste plaats, het feit van het aanwenden van een rechtsmiddel, de klaarblijkelijke onontvankelijkheid (maar niet de klaarblijkelijke ongegrondheid [12]) van het in den vreemde aangewende rechtsmiddel of de te voorziene lange duur van de aldaar op het rechtsmiddel ingestelde procedure en, in de tweede plaats, de aard, de omvang en het al of niet omkeerbaar karakter van het door de tegenpartij geleden nadeel bij onverkorte tenuitvoerlegging of integendeel het onvoldoende karakter van bewarende maatregelen voor de om tenuitvoerlegging vragende partij ingeval de beslissing wordt aangehouden. [13] De door de Arrondissementsrechtbank in aanmerking genomen voorlopige begroting van de aan Van Dalfsen e.a., wegens duurzame investeringen verschuldigde schadevergoeding (zie hiervoor nr. 7) kan mijns inziens tot de categorie van de overwegingen worden gerekend waarmee de rechter op verzet rekening mag houden, aangezien dit een element is betreffende de omvang van de schade waarvan de rechter *a quo* geen weet had en dat van aard is om de belangenafweging inzake de tenuitvoerlegging van de beslissing te beïnvloeden.

20. Een bijzonder probleem stelt zich met betrekking tot de feiten en argumenten die de buitenlandse rechter ten tijde van zijn beslissing niet kende maar die wel gekend waren door de partij die nu verzet doet doch door haar voor de buitenlandse rechter niet werden aangevoerd. Ik ben van oordeel dat de rechter op verzet met deze feiten en argumenten evenmin rekening mag houden. Zoals de Commissie mijns inziens terecht opmerkt, kan alleen op die manier worden voorkomen dat de tenuitvoerlegging van een in den vreemde gegeven en daar uitvoerbaar verklaarde beslissing door een verzuim van de verzetdoende partij wordt bemoeilijkt en dat aldus afbreuk wordt gedaan aan het nuttig effect van artikel 31 Executieverdrag.

Het Hof heeft zich over dit probleem nog niet uitgesproken maar ter ondersteuning van de hier verdedigde stelling kan men verwijzen naar het arrest van 4 februari 1988 in de zaak Hoffmann [14] waarin het Hof voor recht verklaarde:

„Artikel 36 Executieverdrag moet aldus worden uitgelegd dat de partij die niet het in deze bepaling voorziene verzet tegen het verlof tot tenuitvoerlegging heeft gedaan, zich in een later stadium van de tenuitvoerlegging van de beslissing niet meer kan beroepen op een geldige grond die zij in haar verzet tot tenuitvoerlegging had kunnen aanvoeren (...)"

Hieruit blijkt dat het verzuim van een partij om een rechtsmiddel aan te wenden, wat ook de oorzaak daarvan moge zijn, die partij van de mogelijkheid berooft naderhand nog een grond aan te voeren die dat rechtsmiddel zou hebben ondersteund. Naar analogie daarmee, dient mijns inziens in onderhavige zaak te worden gesteld dat een partij die heeft nagelaten feiten en argumenten in te roepen voor de buitenlandse rechter, deze niet meer kan inroepen voor het gerecht dat beslist over het aanhouden van de uitspraak over het verzet (of over het opleggen van zekerheidstelling).

12 — Aangezien dit een beoordeling zou vergen van de juistheid van de beslissing a quo.

13 — Vgl. P. Kaye, *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments* (1987), blz. 1643, S. O'Malley en A. Layton, *European Civil Practice* (1989), blz. 770 e. v., en A. Huet, noot bij het arrest in zaak 43/77, *Journal de droit international*, 1978, blz. 403.

14 — Zaak 145/86, Jurispr. 1988, blz. 645, dictum, punt 4.

21. Op grond van wat voorafgaat stel ik voor de prejudiciële vragen als volgt te beantwoorden:

„1) Een krachtens artikel 38 Executieverdrag genomen beslissing van het gerecht dat over het verzet oordeelt, kan niet worden aangemerkt als een ‚op het verzet gegeven beslissing' in de zin van artikel 37, lid 2, Executieverdrag en is derhalve niet vatbaar voor een beroep in cassatie.

2) Wanneer een krachtens artikel 38 Executieverdrag genomen beslissing en de ‚op het verzet gegeven beslissing' in eenzelfde beschikking zijn vervat, staat tegen die beschikking enkel een beroep in cassatie open in zover die beschikking de tweede beslissing betreft.

3) Artikel 38, lid 1, Executieverdrag moet aldus worden uitgelegd dat het gerecht dat over het verzet oordeelt, in zijn beslissing betreffende het aanhouden van zijn uitspraak slechts rekening mag houden met overwegingen die vreemd zijn aan de overwegingen die door de buitenlandse rechter in aanmerking werden genomen, of door hem in aanmerking hadden kunnen worden genomen als de verzet doende partij niet had nagelaten ze aan te voeren."