6. **De aangezochte rechter kan zijn onderzoek in de regel beperken tot de vraag of de termijn vanaf de dag waarop de betekening of mededeling regelmatig is geschied, de verweerder voldoende tijd heeft gelaten voor zijn verdediging; hij dient evenwel na te gaan of er, in het concrete geval, uitzonderlijke omstandigheden zijn waardoor de betekening of mededeling, hoewel regelmatig geschied, toch onvoldoende is geweest om die termijn te doen aanvangen.**

7. **Artikel 52 Executieverdrag en het feit dat de rechter van de aangezochte staat oordeelt dat de verweerder naar het recht van deze staat ten tijde van de betekening of mededeling van het stuk dat het geding inleidt, in die staat woonplaats had, hebben geen invloed op de hiervóór gegeven antwoorden.**

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Bosco

Touffait Due Everling Chloros

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 16 juni 1981.

De griffier

A. Van Houtte

De president

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 25 MAART 1981 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Deze zaak heeft betrekking op de uitlegging van artikel 27, sub 2, van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken „Executieverdrag"), dat luidt als volgt:

„Beslissingen worden niet erkend:

...

2. Indien het stuk dat het geding inleidt of een gelijkwaardig stuk, niet regel-

1 — Vertaald uit het Duits

matig en zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was aan de verweerder, tegen wie verstek werd verleend, is betekend of is medegedeeld;

. . ."

Aan dit verzoek om uitlegging liggen volgende feiten ten grondslag.

Michel, verweerder in cassatie in het hoofdgeding en wonende te Neuss, is makelaar in onroerende goederen. Hij stelt een schuldvordering van DM 63 270 te hebben op Klomps, eiser in cassatie, wegens makelaarsprovisie. Om dit bedrag te innen, maakte hij gebruik van een vereenvoudigde procedure ter verkrijging van een rechterlijk bevel tot betaling, het zogenoemde „Mahnverfahren", op de bijzonderheden waarvan ik later zal ingaan. Op verzoek van Michel vaardigde de „Rechtspfleger" bij het Amtsgericht Krefeld op 29 maart 1976 een bevel tot betaling uit (toen nog „Zahlungsbefehl" genoemd) voor een bedrag van DM 63 270, vermeerderd met rente en kosten. Op 3 april 1976 werd dit bevel aan de schuldenaar betekend door deponering op het postkantoor Willich en mededeling daarvan aan het adres van de schuldenaar in Willich, Heiligenweg 34, hetgeen naar Duits recht (paragraaf 182 Zivilprozeßordnung — ZPO) als betekening gold. Aangezien niet binnen drie dagen — de toen geldende termijn voor schuldenaars met woonplaats in het gebied van de bevoegde rechtbank (paragrafen 692 en 499 ZPO) — tegenspraak („Widerspruch") werd gevoerd, werd op 9 april 1976 een bevel tot tenuitvoerlegging („Vollstreckungsbefehl") uitgevaardigd. Dit werd op dezelfde manier betekend als het bevel tot betaling en de schuldenaar ontving hiervan bericht op 22 april 1976. Het bevel tot tenuitvoerlegging is naar Duits recht een bij voorraad uitvoerbare titel, waartegen binnen een week — in casu dus tot 29 april 1976 — verzet kan worden gedaan.

Dit laatste geschiedde echter eerst op 1 september 1976. In de daartoe voor het Amtsgericht Krefeld aanhangig gemaakte procedure werd een onderzoek ingesteld naar de woonplaats van de schuldenaar, aangezien deze stelde dat hij niet werkelijk op het adres Heiligenweg 34 te Willich woonplaats had, doch in Nederland, hetgeen zou blijken uit een inschrijving in het bevolkingsregister van Venlo de dato 31 december 1971 en een andere in het register van Meijel de dato 28 augustus 1976. Op grond van getuigenverhoren stelde het gerecht evenwel vast, dat de schuldenaar tevens woonplaats — in de zin van paragraaf 7 BGB en paragraaf 13 ZPO — had in Willich: zijn echtgenote en kinderen, die niet van hem gescheiden leefden, woonden aldaar, de kinderen gingen er naar school, de schuldenaar zelf oefende in Willich nog een commerciële activiteit uit, zijn naam stond er nog steeds in het telefoonboek en hij kwam er regelmatig om post af te halen. Het gerecht oordeelde dan ook dat het bevel tot betaling en het bevel tot tenuitvoerlegging geldig waren betekend en het verklaarde bij vonnis van 19 april 1977 — in kracht van gewijsde gegaan op 12 juli 1977 — het verzet tegen het bevel tot tenuitvoerlegging niet ontvankelijk wegens laattijdigheid.

Het jaar daarna probeerde Michel in Nederland tegen Klomps te executeren. Op zijn verzoek verleende de president van de Arrondissementsrechtbank te Roermond bij beschikking van 27 juni 1978 het verlof tot tenuitvoerlegging van

de zoëven vermelde bevelen tot betaling en tenuitvoerlegging, alsmede — voor wat de kosten betreft — van het vonnis van het Amtsgericht Krefeld van 19 april 1977. Daartegen deed de schuldenaar verzet overeenkomstig artikel 36 Executieverdrag, waarop de Arrondissementsrechtbank te Roermond op 20 september 1979 uitspraak deed. De rechtbank was van oordeel dat het bevel tot betaling en het bevel tot tenuitvoerlegging — vooral, omdat een bevel tot tenuitvoerlegging krachtens paragraaf 700 ZPO moet worden gelijkgesteld met een uitvoerbaar verklaard verstekvonnis — als beslissingen in de zin van artikel 25 Executieverdrag waren te beschouwen. De procedure die tot de uitvaardiging ervan had geleid, was regelmatig verlopen, de betekening was niet aan een verkeerd adres geschied en er waren geen redenen om erkenning te weigeren op grond van artikel 27, sub 2, Executieverdrag. Het bevel tot betaling en het bevel tot tenuitvoerlegging konden dus worden erkend overeenkomstig de artikelen 25 en 26 Executieverdrag, en de tenuitvoerlegging worden toegestaan krachtens artikel 31 van het Verdrag. Met betrekking tot het vonnis van het Amtsgericht Krefeld stelde de Arrondissementsrechtbank vast, dat dit weliswaar ook kon worden erkend, maar dat tenuitvoerlegging voorlopig toch niet mogelijk was omdat de kosten er niet in waren vastgesteld. In zoverre was het verzet van de schuldenaar, dat voor het overige moest worden verworpen, dus als gegrond te beschouwen.

Daarop voorzag de schuldenaar zich in cassatie voor de Hoge Raad, waarbij hij zich baseerde op het in limine aangehaalde artikel 27, sub 2, Executieverdrag. Hij stelde dat het stuk dat het geding had ingeleid — het bevel tot betaling — hem niet regelmatig en zo tijdig was betekend als met het oog op zijn verdediging nodig was. Ten tijde van de betekening van de bevelen tot betaling en tenuitvoerlegging zou hij niet te Willich, maar te Meijel (Nederland) hebben gewoond. Daar zou hij in het bevolkingsregister ingeschreven zijn geweest en daar zou hij — zoals indertijd ook zijn vrouw en kinderen — ook werkelijk hebben verbleven. Daarom zou hij de bevelen tot betaling en tenuitvoerlegging feitelijk niet hebben ontvangen, en daarom moest de erkenning ervan worden geweigerd aangezien hij zich niet tijdig had kunnen verdedigen.

De Hoge Raad was van oordeel dat de betekening van de bevelen tot betaling en tot tenuitvoerlegging regelmatig was geweest in de zin van artikel 27, sub 2, Executieverdrag. Twijfelachtig was enkel of er sprake kon zijn van een tijdige betekening in de zin van voornoemd voorschrift, aangezien moest worden aangenomen dat de bevelen tot betaling en tenuitvoerlegging de schuldenaar niet hadden bereikt, omdat hij ten tijde van de betekening feitelijk in Nederland was en zijn vrouw en kinderen daar ook verbleven.

De Hoge Raad heeft daarom bij beschikking van 8 juli 1980 de behandeling van de zaak geschorst, en verzoekt krachtens artikel 3 van het Protocol betreffende de uitlegging van het Executieverdrag om een prejudiciële beslissing over de navolgende vragen:

„1. Moet een ‚Zahlungsbefehl', respectievelijk een ‚Vollstreckungsbefehl', gegrond op de Duitse wetgeving van 1976, worden beschouwd als ‚stuk

dat het geding inleidt' in de zin van artikel 27, aanhef en onder 2, van het EEG-Executieverdrag?

2. Indien aangenomen moet worden dat in een geval als het onderhavige het ‚Zahlungsbefehl' het stuk is dat het geding inleidt in de zin van artikel 27, aanhef en onder 2, valt dan voor de vraag of de betekening van dat stuk aan de verweerder zo tijdig is geschied als met het oog op zijn verdediging nodig was, enkel rekening te houden met de termijn voor ‚Widerspruch' tegen het ‚Zahlungsbefehl', of moet mede in aanmerking worden genomen dat de verweerder na afloop van die termijn nog een termijn heeft voor ‚Einspruch' tegen het ‚Vollstreckungsbefehl'?

3. Is het bepaalde in artikel 27, aanhef en onder 2, van toepassing, indien de verweerder in de staat van de rechter van wiens beslissing erkenning of tenuitvoerlegging wordt verlangd (de eerste rechter) tegen de bij verstek gegeven beslissing verzet heeft gedaan en daarin door de eerste rechter wegens overschrijding van de termijn waarbinnen het verzet plaats moest vinden, niet ontvankelijk is verklaard?

4. Eist artikel 27, aanhef en onder 2, ingeval de eerste rechter heeft geoordeeld dat de verweerder ten tijde van de betekening van het stuk dat het geding inleidt woonplaats had in de staat van die rechter, zodat de betekening in zoverre regelmatig is geschied, een afzonderlijk onderzoek naar de vraag of die betekening zo tijdig is geschied als met het oog op de verdediging van de verweerder nodig was? Zo ja, is dit onderzoek dan beperkt tot de vraag of het stuk die woonplaats van de verweerder tijdig heeft bereikt of dient mede te worden onderzocht bijvoorbeeld of betekening aan die woonplaats voldoende waarborgde dat het stuk de verweerder persoonlijk tijdig zou bereiken?

5. Maakt het, in verband met artikel 52, bij de onder 4 gestelde vragen verschil of de rechter van de staat waar erkenning of tenuitvoerlegging verlangd wordt, oordeelt dat de verweerder naar het recht van die laatste staat ten tijde van de betekening van het stuk dat het geding inleidt, in die staat woonplaats had?"

Hierover wil ik het volgende opmerken.

1. Vooreerst enkele opmerkingen over het verloop van het „Mahnverfahren" zoals dit indertijd overeenkomstig de wet van 12 september 1950 was geregeld in de paragrafen 688-703 ZPO.

De procedure, die slechts voor bepaalde vorderingen mogelijk is, werd ingeleid met een vormloos verzoek, dat aan de tegenpartij niet werd medegedeeld. Het werd behandeld door de „Rechtspfleger" van het bevoegde Amtsgericht, die na een onderzoek van onder meer de bevoegdheid en van de vraag of de geldend gemaakte vordering voorshands als gegrond was te beschouwen, een bevel tot betaling — aanmaning tot voldoening van de geldend gemaakte vordering — uitvaardigde. Dit bevel tot betaling werd ambtshalve betekend, bij afwezigheid van de schuldenaar op de wijze zoals hiervoor beschreven. De schuldenaar kon dan tegenspraak voeren, binnen drie dagen wanneer hij woonplaats had in het ressort van het betrokken gerecht, in an-

dere gevallen binnen een week. Krachtens paragraaf 694 ZPO kon in elk geval tegenspraak worden gevoerd zolang geen bevel tot tenuitvoerlegging was verleend. Door het voeren van tegenspraak veranderde de procedure in een gewoon contradictoir geding, waarin krachtens paragraaf 596 ZPO het bevel tot betaling als inleidend verzoekschrift gold. Zo geen tegenspraak werd gevoerd, werd ten verzoeke van de schuldeiser — en dit verzoek kon al voor afloop van de in het bevel tot betaling bepaalde termijn worden gedaan — een bevel tot tenuitvoerlegging uitgevaardigd, in de vorm van een op het bevel tot betaling geplaatste verklaring, waardoor tenuitvoerlegging als in het geval van een verstekvonnis mogelijk werd. Tegen het bevel tot tenuitvoerlegging, dat op dezelfde manier kon worden betekend als het bevel tot betaling, was verzet mogelijk gedurende een termijn die indertijd een week bedroeg. Bij uitblijven daarvan werd het bevel tot tenuitvoerlegging onherroepelijk; werd wel verzet gedaan, dan veranderde de procedure eveneens in een gewone procedure, die geacht werd aanhangig te zijn gemaakt met de betekening van het bevel tot betaling.

Deze procedure — als ik dat ook nog mag vermelden — is per 1 juli 1977 gewijzigd bij wet van 3 december 1976. Het ging daarbij om een aanpassing van het systeem aan de eisen van de automatisering en met name in het kader van een algemene aanpassing op dat gebied werden bij die gelegenheid de termijnen gewijzigd; thans geldt zowel voor het voeren van tegenspraak als voor het doen van verzet een termijn van 14 dagen.

2. Met zijn *eerste* vraag wenst de Hoge Raad te vernemen of het bevel tot betaling, respectievelijk het bevel tot tenuitvoerlegging moet worden beschouwd als het stuk dat het geding inleidt in de zin van artikel 27, sub 2, Executieverdrag.

Bij de beantwoording hiervan behoeft niet verder te worden ingegaan op de vraag of het begrip „het stuk dat het geding inleidt" autonoom, volgens het stelsel en het doel van het Executieverdrag moet worden uitgelegd, zoals de verweerder in cassatie stelt, dan wel of naar het recht van de eerste rechter moet worden bepaald wat het inleidende verzoekschrift is, zoals de Commissie meent, die erop wijst dat bedoelde uitdrukking reeds voorkomt in artikel 20, tweede alinea, Executieverdrag, dat betrekking heeft op de procedure voor de eerste rechter.

Het is in elk geval duidelijk dat, in tegenstelling tot het *verzoek* tot uitvaardiging van een bevel tot betaling, waarvan de tegenpartij geen bericht ontvangt, het *bevel tot betaling* voldoet aan de eisen die volgens artikel 27, dat een doeltreffende verdediging in rechte mogelijk wil maken, zijn te stellen aan de stukken die het geding inleiden. Bedoeld bevel vermeldt de grondslag waarop de vordering steunt — de aanduiding van de in aanmerking komende feiten en de daaruit voortvloeiende rechtsverhouding is daarvoor voldoende — het wordt aan de wederpartij betekend en deze heeft een bepaalde termijn om zich tegen de vordering te verweren. Wordt verweer gevoerd, dan wordt — zoals gezegd — het geding geacht aanhangig te zijn gemaakt met de betekening van het bevel tot betaling; dit geldt als inleidend verzoekschrift en het vormt de grondslag voor de rechterlijke beslissing, die na een procedure op tegenspraak wordt gegeven.

Wat verder het ook in de eerste vraag genoemde *bevel tot tenuitvoerlegging* betreft, kan in de eerste plaats worden opgemerkt dat dit, ook al wordt het niet door de rechter uitgevaardigd, toch is te beschouwen als een rechterlijke beslissing in de zin van artikel 25 Executieverdrag. Dit is de opvatting van de doctrine (Bülow-Böckstiegel, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen,* noot III-2 bij artikel 27 Executieverdrag), en het blijkt ook uit het rapport-Jenard (PB C 59 van 1979, blz. 42). Dit vormt tevens een bevestiging van de zienswijze dat in elk geval het bevel tot betaling, dat immers de grondslag vormt voor het bevel tot tenuitvoerlegging, moet worden beschouwd als stuk dat het geding inleidt in de zin van artikel 27 Executieverdrag. Daarnaast valt moeilijk vol te houden dat ook het bevel tot tenuitvoerlegging een stuk is dat het geding inleidt in de zin van artikel 27, sub 2. Wanneer immers ook naar Duits procesrecht, waarvan men in het geval van artikel 27 in de eerste plaats moet uitgaan, vaststaat dat door het verzet tegen het bevel tot tenuitvoerlegging de procedure in een normale civiele procedure verandert, waarin dan de beslissing in haar geheel (bevel tot betaling en bevel tot tenuitvoerlegging) ter discussie staat, dan is daarbij een essentieel gegeven dat ingevolge paragraaf 700 ZPO de vordering wordt geacht aanhangig te zijn gemaakt met de betekening van het bevel tot betaling. Daaruit volgt dat ook in dat geval het *bevel tot betaling* moet worden gekwalificeerd als stuk dat het geding inleidt.

3. Aangenomen dat het bevel tot betaling het stuk is dat het geding inleidt, wenst de Hoge Raad verder te vernemen of voor de vraag of de betekening aan de verweerder zo tijdig is geschied als met het oog op zijn verdediging nodig was, enkel rekening moet worden gehouden met de termijn voor tegenspraak tegen het bevel tot betaling of ook met de verdere termijn voor het doen van verzet tegen het bevel tot tenuitvoerlegging.

Volgens de verweerder in cassatie dient men ook met de verzettermijn rekening te houden. Daartoe wijst hij op het feit dat met het verzet volledig verweer tegen de geldend gemaakte vordering mogelijk wordt. Verder wijst hij erop, dat men veelal enige voorzichtigheid betracht bij de executie van een bij voorraad uitvoerbaar bevel tot tenuitvoerlegging, aangezien bij geslaagd verzet schade-acties dreigen en de schuldenaar na het doen van het verzet de executie kan doen opschorten.

De opvatting van de Commissie sluit hier nauw bij aan. Zij vindt het van belang, dat een te laat gevoerde tegenspraak als verzet geldt en dat met het verzet als het ware alsnog tegenspraak kan worden gevoerd. Bovendien wijst zij er op, dat na het doen van verzet verweer op alle punten kan worden gevoerd: men behoeft niet meteen bij het doen van verzet diep op de zaak in te gaan, in de regel behoeft dit eerst binnen een daarna bepaalde termijn te gebeuren. Maar wanneer ik haar ter terechtzitting gemaakte opmerkingen goed begrijp, houdt de Commissie een zo verstrekkende these kennelijk slechts onder bepaalde omstandigheden voor mogelijk, namelijk wanneer de executie op het bevel tot tenuit-

voerlegging niet onmiddellijk geschiedt en wanneer ten tijde van de erkenningsprocedure vaststaat dat binnen de gestelde termijn geen verzet is gedaan.

De Bondsregering daarentegen heeft zich in elk geval in haar schriftelijke opmerkingen duidelijk gekant tegen de mogelijkheid rekening te houden met de verzettermijn. Daarvoor zou van belang zijn dat het bevel tot tenuitvoerlegging, juist zoals een verstekvonnis, een uitvoerbare titel is. Artikel 27 Executieverdrag zou echter slechts in zoverre bescherming willen bieden dat verdediging kan worden gevoerd *voor* het uitvaardigen van de titel krachtens welke wordt geëxecuteerd, dat dus wordt gewaarborgd dat tussen de betekening van het stuk dat het geding inleidt — hier: het bevel tot betaling —, en de beslissing die op grondslag daarvan wordt gegeven, voldoende tijd ligt om verdediging in rechte mogelijk te maken.

Op dit punt hel ik in beginsel over tot de zienswijze van de Bondsregering, waarvoor duidelijk veel steun is te vinden in het stelsel van het Verdrag en in het doel van artikel 27. Daarenboven mag men niet vergeten dat krachtens artikel 46 Executieverdrag de partij die wil executeren, verplicht is, indien de beslissing bij verstek is gegeven, het origineel of een voor eensluidend gewaarmerkt afschrift van het document over te leggen waaruit blijkt dat het stuk dat het geding inleidt, aan de niet-verschenen partij is betekend. Het is wel duidelijk dat het bij laatstbedoeld stuk om een ander stuk gaat dan dat wat de tenuitvoerlegging vormt. Daar in het „Mahnverfahren" het stuk dat het geding inleidt, het bevel tot betaling is, komt het er bijgevolg op aan, welke termijn na de betekening ervan voor de verdediging in rechte ter beschikking stond. Bij de controle of deze termijn voldoende was, dienen verscheidene aspecten in aanmerking te worden genomen. Wij hebben hier niet te doen met een starre fatale termijn; tegenspraak was veeleer mogelijk tot aan de uitvaardiging van het bevel tot tenuitvoerlegging, en dit kon wegens drukke werkzaamheden vaak eerst geruime tijd later worden uitgevaardigd, in casu zes dagen na het bevel tot betaling. Daarbij komt dat de schuldenaar binnen deze termijn enkel te kennen hoeft te geven dat hij de vordering niet erkent. Dat kan zonder motivering en geheel vormloos gebeuren, bijvoorbeeld mondeling voor de griffier of ook — zoals de vertegenwoordiger van de Bondsregering verzekerde — telefonisch of telegrafisch, zonder dat een vertegenwoordiger daartoe een volmacht moet overleggen. Daarna rest, aangezien door de tegenspraak de procedure in een gewone procedure verandert, nog voldoende tijd voor een grondige voorbereiding van de verdediging, die in de regel eerst op of tegen een nader te bepalen terechtzitting moet plaatshebben.

Wel wil ik hieraan toevoegen, dat de opvatting van de Commissie mijns inziens niet zonder meer af te wijzen is. Voor haar is van belang, dat bij de uitlegging van het Executieverdrag het doel ervan — het bevorderen van het vrij verkeer van rechterlijke beslissingen — op de voorgrond staat. Daarom, maar ook omdat titel II van het Executieverdrag reeds waarborgen biedt voor de procedure voor de eerste rechter en de erkenning in beginsel zonder veel omslag plaatsvindt, zou een *restrictieve* uitlegging van de bepalingen van de artikelen 27 en 28 op haar plaats zijn. Is men het hiermee eens,

dan kan het inderdaad verdedigbaar zijn in een zaak als de onderhavige, waarin het bevel tot tenuitvoerlegging op 22 april 1976 is betekend en het bij de erkenningsprocedure in 1978 duidelijk was dat de verzettermijn onbenut was verstreken, voor het antwoord op de vraag of de schuldenaar genoeg tijd had gehad om zich tegen de vordering te verdedigen, ook rekening te houden met de verzettermijn, wat in totaal een termijn van 25 dagen voor het voeren van verdediging oplevert.

4. Dan kom ik nu tot de vraag, welk belang bij de toepassing van artikel 27, sub 2, Executieverdrag moet worden toegekend aan de omstandigheid dat de verweerder in de staat van de eerste rechter verzet heeft gedaan, dat wegens termijnoverschrijding niet ontvankelijk is verklaard.

Verweerder in cassatie is te dezen van mening, dat de aangezochte rechter gebonden is door het oordeel van de eerste rechter; een bijzondere toetsing door de aangezochte rechter overeenkomstig artikel 27, sub 2, Executieverdrag zou niet alleen niet in overeenstemming zijn met het doel van dit Verdrag, maar bovendien in strijd met de beginselen van rechtszekerheid en eenvormigheid van tenuitvoerlegging. De Bondsregering en de Commissie evenwel willen hiervan niet weten. Mijns inziens hebben zij betere argumenten.

Gaat men uit van de strikte uitlegging van artikel 27, sub 2, welke de Bondsregering de juiste acht ten aanzien van de vraag wanneer sprake is van een zo tijdige betekening van het stuk dat het geding inleidt, als met het oog op een voldoende verdediging nodig is, dan is het al van belang dat de eerste rechter uitspraak moest doen over een op 1 september 1976 tegen het *bevel tot tenuitvoerlegging* gedaan verzet. Het ging daarbij dus niet om verdediging in rechte *voor* het uitvaardigen van het bevel tot tenuitvoerlegging, maar om een poging tot verdediging *erna*. Deze poging heeft ook niet geleid tot toetsing van de betwiste vordering, maar — wegens het verstrijken van de door het nationaal recht gestelde termijn — tot een weigering van die toetsing, en zodoende van de toetsing van eventuele gebreken die de procedure voor de eerste rechter hadden kunnen aankleven. Bovendien moet men bedenken dat artikel 27 Executieverdrag een bepaling ter bescherming van de verweerder is in het kader van de erkennings- en de tenuitvoerleggingsprocedure, die eerst aanvangt met een verzoek overeenkomstig artikel 31 van het Verdrag. Hier staat de rechter van de staat van herkomst — de eerste rechter — geheel buiten; hij past in beginsel slechts zijn nationaal recht toe en een toetsing in de zin van artikel 27, sub 2, voert hij in het geheel niet uit. Daarenboven is duidelijk — en hier zij nog eens verwezen naar het rapport-Jenard — dat het voorschrift van artikel 27, sub 2, autonoom is ten opzichte van het nationale recht zowel van de eerste als van de aangezochte rechter. De aangezochte rechter moet dus zelfstandig controleren of beide in genoemd voorschrift vermelde voorwaarden zijn vervuld, en voor wat de vraag inzake de tijdigheid van de betekening betreft — waarbij immers het feitelijk verloop der gebeurtenissen moet worden onderzocht — mag hij daarbij stellig ook kritiek oefenen op de termijnregeling van het nationale recht.

Dat men hiertegenover niet eenvoudig kan volstaan met een verwijzing naar de beginselen van rechtszekerheid en eenvormigheid van tenuitvoerlegging lijkt mij duidelijk. Zouden dat de beslissende normen zijn geweest voor een exequatur overeenkomstig het Executieverdrag dan had men hierin niet een voorschrift als dat van artikel 27, sub 2, opgenomen, maar met voorbijgaan aan een aanvullende bescherming voor de schuldenaar bij de erkennings- en tenuitvoerleggingsprocedure eenvoudig de naleving van de voor de eerste rechter geldende regels ondersteld.

5. De vierde vraag van de Hoge Raad, die wij thans moeten onderzoeken, bestaat uit twee delen. In de eerste plaats vraagt de Hoge Raad of, wanneer de eerste rechter van oordeel was dat de verweerder ten tijde van de betekening van het stuk dat het geding inleidt, zijn woonplaats had in de staat van de eerste rechter, en de betekening in zoverre daar regelmatig is geschied, de aangezochte rechter nog afzonderlijk moet onderzoeken of de betekening *tijdig* is geschied in de zin van artikel 27, sub 2, Executieverdrag. In de tweede plaats wenst de Hoge Raad te vernemen — en wel voor het geval het eerste deel van de vierde vraag bevestigend zou worden beantwoord — of het onderzoek zich kan beperken tot de vraag of het stuk dat het geding inleidt, de woonplaats van de verweerder tijdig heeft bereikt, dan wel of mede dient te worden onderzocht of die betekening voldoende waarborgde dat het stuk de verweerder *persoonlijk* tijdig kon bereiken.

a) Het eerste deel van de vierde vraag schijnt een probleem aan de orde te stellen omtrent de materiële werkingssfeer van artikel 27, sub 2, Executieverdrag. Het ligt voor de hand vooreerst te overwegen of het genoemde voorschrift misschien slechts geldt voor gevallen waarin betekening in het buitenland noodzakelijk is, en dus niet voor gevallen die uit het oogpunt van de kennisnemende rechter zuiver binnenlandse zaken zijn, omdat zowel de woonplaats van partijen als de situering van het onderwerp van het geschil een aanknoping vertonen met het binnenland. In feite schijnt immers in het laatstgenoemde geval de toepassing van artikel 27, sub 2, neer te komen op een aanvullende bescherming die ongerechtvaardigd kan lijken. Men zou namelijk kunnen zeggen dat, zo in een dergelijke situatie een interne tenuitvoerlegging zonder meer mogelijk is omdat er geen reden is een beperking van de rechten van de verdediging te veronderstellen, het niet duidelijk is waarom in geval van beslaglegging op buitenlands vermogen een andere maatstaf moet gelden voor het in acht nemen van de rechten van de verdediging.

De zeer algemeen geformuleerde tekst van artikel 27 geeft evenwel geen aanknopingspunt voor een dergelijke gevolgtrekking, met name niet wanneer men hem vergelijkt met artikel 20 Executieverdrag, waarin uitdrukkelijk sprake is van een verweerder met woonplaats op het grondgebied van *een* verdragsluitende staat, die voor het gerecht van een *andere* verdragsluitende staat wordt opgeroepen. Ook schijnt men er in de doctrine algemeen van uit te gaan, dat de hier in geding zijnde bepaling zelfs dan van toepassing is, wanneer de verweerder zijn woonplaats heeft in het land van de eerste rechter en voor de mededeling van het stuk dat het geding inleidt, slechts een interne betekening is vereist (zie Bülow-Böckstiegel, *o.c.*, noot III bij artikel 27; Martha Weser, *Convention commu-*

nautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions, blz. 332; *Droz, Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, blz. 315).*

Zo dit juist is, zo men dus aanneemt dat artikel 27, sub 2, Executieverdrag in beginsel van toepassing is wanneer in het buitenland moet worden geëxecuteerd, dan stelt het beantwoorden van het eerste deel van de vierde vraag geen verdere moeilijkheden. Volgens het rapport-Jenard is het duidelijk dat artikel 27, sub 2 moet worden beschouwd als een bijzonder beschermingsvoorschrift in het kader van de exequaturprocedure, dat van de aangezochte rechter een autonome toetsing onder twee aspecten vereist, die cumulatief in acht moeten worden genomen. Daaruit volgt niet alleen, dat de tweede rechter niet gebonden is door de vaststellingen van de kennisnemende rechter ten aanzien van de regelmatigheid van de betekening van het stuk dat het geding inleidt, die wordt beoordeeld naar het recht van de eerste rechter en de door deze in aanmerking te nemen internationale overeenkomsten (zie Bülow-Böckstiegel), *o.c.,* noot III-4 a bij artikel 27). De aangezochte rechter moet bovendien in elk geval controleren of de betekening zo tijdig is geschied als met het oog op de verdediging van de verweerder nodig was. Daarbij is hij — zoals bijvoorbeeld Bülow-Böckstiegel, *o.c.,* beklemtoont — niet gebonden door de voor de eerste rechter geldende voorschriften, veeleer moet hij deze toetsing — zo nodig ambtshalve — zelfstandig uitvoeren, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval (aard van het geschil, betrokken partijen, de noodzaak om een advocaat in te schakelen of om vertalingen te laten maken, enz.).

b) Wat het tweede deel van de vierde vraag betreft, zou ik in de eerste plaats willen beklemtonen dat degenen die in beginsel een strikte uitlegging van artikel 27, sub 2, voorstaan, mijns inziens gelijk hebben. Doorslaggevend is hier, dat overeenkomstig het Executieverdrag reeds voor de procedure in de staat van herkomst aanzienlijke waarborgen gelden, die inzonderheid voortvloeien uit artikel 20 en uit het Haagse Verdrag inzake de toezending van exploten van 1965.

In het rapport-Jenard wordt dan ook gezegd dat artikel 27 slechts in uitzonderlijke gevallen van toepassing zal zijn en ook Martha Weser (o.c., blz. 333) drukt zich in die zin uit, wanneer zij erop wijst dat de erkenning slechts zelden zal worden geweigerd op grond van artikel 27, sub 2.

Voor dit deel van de vraag is verder van belang, dat noch volgens het Executieverdrag noch volgens andere relevante verdragen het beginsel geldt dat een processtuk de bestemmeling *rechtstreeks en persoonlijk* moet worden betekend. Waar aan een dergelijk vereiste is gedacht, is dat uitdrukkelijk gezegd, zoals in artikel 36 Executieverdrag, waarin sprake is van de betekening van de beslissing aan de schuldenaar in persoon of aan zijn woonplaats. Dienvolgens kan men er in beginsel van uitgaan, dat betekening aan de woonplaats van de verweerder volstaat en dat het voor de tijdigheid van de betekening niet van belang is of de verweerder daadwerkelijk kennis heeft gekregen van het stuk dat het geding inleidt, doch dat veeleer de mogelijkheid van kennisneming volstaat. Hierop wordt nadrukkelijk en met beklemtoning van de gelijksoortigheid der volgens de artikelen 20 en 27 te stellen eisen gewezen door Linke *(Die Versäumnisentscheidungen im deutschen, österreichischen, belgischen und englischen Recht, ihre Anerkennung und Vollstreckbarerklärung,* blz. 157) en Bülow-Böckstiegel *(o.c.,* noot III-4 b, bij artikel 27), en het valt ook af

te leiden uit de opmerkingen in het rapport-Jenard bij artikel 20 Executieverdrag. Wie in een bepaalde plaats zijn woonplaats neemt of meer woonplaatsen heeft — eventueel in verschillende Lid-Staten — dient zich dan ook bewust te zijn van de daaraan verbonden consequenties. Bij betekening aan zo een woonplaats mag men in beginsel verwachten dat de bestemmeling — zeker wanneer deze zakenman is — maatregelen treft om van aldus toegezonden stukken op de hoogte te worden gesteld.

Ten processe is er op gewezen dat een andere oplossing slechts in zeldzame en bijzondere gevallen mogelijk is. Slechts wanneer wegens bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld onvoorziene opname in een ziekenhuis, niet mag worden verwacht dat maatregelen zijn getroffen voor tijdige informatie over betekende stukken, zal men moeten aannemen dat een betekening aan de woonplaats niet beantwoordt aan het vereiste van artikel 27 en aan zijn beschermende functie, doch dat veeleer voor betekening aan de partij in persoon moet worden gezorgd.

Meer kan mijn inziens in algemene zin niet worden gezegd over het probleem dat de Hoge Raad met zijn vierde vraag opwerpt. Gelet op hetgeen wij ten processe hebben vernomen, staat wel vast, en is het voor de beslechting van het hoofdgeding ook wel voldoende, dat het in beginsel aankwam op de betekening aan het Duits adres van de eiser in cassatie, en dat alleen moet worden gecontroleerd of, van dan af gerekend, voldoende tijd overbleef voor een passende verdediging in rechte zoals in het „Mahnverfahren" nodig is.

6. De laatste vraag tenslotte strekt tot oplossing van het probleem of een ander antwoord op de vierde vraag mogelijk is wanneer men rekening houdt met artikel 52 Executieverdrag, dat luidt als volgt:

„Om vast te stellen of een partij woonplaats heeft op het grondgebied van de Verdragsluitende Staat, bij een van welks gerechten een zaak aanhangig is, past de rechter zijn interne wet toe.

Indien een partij geen woonplaats heeft in de staat, bij een van welks gerechten een zaak aanhangig is, past de rechter ter vaststelling of zij een woonplaats heeft in een andere Verdragsluitende Staat, de wet van die staat toe.

Evenwel wordt, om de woonplaats van een partij vast te stellen, de nationale wet van die partij toegepast indien volgens deze wet de woonplaats afhankelijk is van de woonplaats van een andere persoon of van de zetel van een autoriteit."

Deze vraag is gesteld voor het geval de rechter van de aangezochte staat van oordeel zou zijn dat de verweerder volgens het recht van de aangezochte staat ten tijde van de betekening van het stuk dat het geding inleidt, zijn woonplats op het grondgebied van deze staat had.

Zoals de Bondsregering en de Commissie eensluidend hebben betoogd — de verweerder in cassatie heeft zich hierover niet uitgelaten — kan deze vraag zonder meer ontkennend worden beantwoord.

Wegens het ontbreken van een uniforme omschrijving van het begrip „woonplaats" in de rechtsstelsels van de Lid-Staten, heeft artikel 52 tot functie het terzake toepasselijke recht aan te wijzen en daarmee een leemte op te vullen die anders bij de toepassing van het Executieverdrag zou hebben bestaan. Het ver-

krijgt derhalve belang in alle gevallen waarin het volgens het Verdrag op de woonplaats aankomt. Dit is met name het geval bij de vaststelling van de bevoegdheid van rechtbanken en wel ook in het kader van de exequaturprocedure (zie artikel 32 Executieverdrag). Dit is verder bijvoorbeeld ook het geval in verband met de bepaling van de verzettermijn overeenkomstig artikel 36 van het Verdrag.

Doch zoals reeds is gebleken, is de vaststelling van de woonplaats van verweerder in beginsel niet van beslissende betekenis bij de vraag inzake de tijdige betekening van het stuk dat het geding inleidt in de zin van artikel 27, lid 2, van het Verdrag. Hiervoor zijn — zoals algemeen wordt beklemtoond — de *feitelijke* omstandigheden van het concrete geval van belang, en dan is het duidelijk dat een norm die betrekking heeft op het ter vaststelling van de woonplaats toepasselijke recht, daarbij geen rol speelt. Terecht is er derhalve in verband met de vijfde vraag op gewezen, dat de aangezochte rechter geen beroep kan doen op de voor hem geldende voorschriften ter bepaling van de woonplaats om daaraan gevolgen te verbinden voor de vraag of het stuk dat het geding inleidt, tijdig is betekend. Veeleer zal hij in zoverre gebonden zijn door de vaststellingen van de eerste rechter over de woonplaats, en dit niet in de laatste plaats, omdat anders een situatie zou kunnen ontstaan die dicht komt bij de door artikel 28 Executieverdrag verboden toetsing van de bevoegdheid van de eerste rechter.

7. Op grond van het voorgaande concludeer ik dat het Hof de vragen van de Hoge Raad beantwoorde als volgt:

a) Een overeenkomstig paragrafen 688 e.v. van de Duitse Zivilprozeßordnung uitgevaardigd bevel tot betaling (voorheen „Zahlungsbefehl", nu „Mahnbescheid") is te beschouwen als een stuk dat het geding inleidt, in de zin van artikel 27, sub 2, Executieverdrag.

b) Bij de vraag of de betekening van dit stuk aan de verweerder zo tijdig is geschied als met het oog op zijn verdediging nodig was, moet in beginsel enkel rekening worden gehouden met de termijn waarbinnen tegenspraak tegen het bevel tot betaling kan worden gevoerd. Het feit dat verweerder na afloop van de termijn nog een termijn heeft voor het doen van verzet tegen het bevel tot tenuitvoerlegging, kan daarenboven in aanmerking worden genomen wanneer ten tijde van de inleiding van de erkenningsprocedure vaststaat dat laatstgenoemde termijn onbenut is verstreken.

c) Artikel 27, sub 2, Executieverdrag geldt ook wanneer de verweerder in de staat van de rechter van wiens beslissing de erkenning en tenuitvoerleg-

ging wordt gevraagd (de eerste rechter), tegen de bij verstek gewezen beslissing verzet heeft gedaan en dit verzet door de eerste rechter wegens overschrijding van de daarvoor geldende termijn als niet ontvankelijk is afgewezen.

d) Een afzonderlijk onderzoek naar de vraag of de betekening van het stuk dat het geding inleidt, zo tijdig is geschied als met het oog op de verdediging van de verweerder nodig was, is ook vereist wanneer de eerste rechter tot de slotsom is gekomen dat de verweerder ten tijde van de betekening van dat stuk woonplaats had in de staat van de eerste rechter, zodat de betekening in zoverre regelmatig is geschied. Aangezien betekening rechtstreeks aan de verweerder in persoon niet algemeen is voorgeschreven, kan die toetsing in de regel beperkt blijven tot de vraag of dat stuk tijdig de woonplaats van de verweerder heeft bereikt; een verdergaande toetsing is slechts op haar plaats wanneer op grond van buitengewone omstandigheden moet worden aangenomen dat de verweerder geen maatregelen kon treffen met het oog op doorzending van mededelingen tijdens zijn verblijf buiten zijn woonplaats.

e) Artikel 52 Executieverdrag en het feit dat de rechter van de aangezochte staat oordeelt dat naar zijn recht de verweerder ten tijde van de betekening van het stuk dat het geding inleidt, in die staat woonplaats had, zijn van geen belang voor het antwoord op de zoëven behandelde vraag.