CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI VAN 11 APRIL 1984 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In deze prejudiciële zaak heeft het Hof zich uit te spreken over de uitlegging van artikel 21 Executieverdrag. Het moet vaststellen, aan de hand van welke criteria kan worden bepaald bij welk gerecht de zaak het eerst aanhangig is gemaakt, wanneer de partijen zich in een zelfde zaak tot twee gerechten van verschillende Lid-Staten wenden. Meer bepaald wordt gevraagd het in het Executieverdrag gebruikte begrip aanhangigheid te omschrijven en daarmee te kiezen tussen twee mogelijke uitleggingen van artikel 21: die welke daaraan de waarde toekent van een uniforme regel voor de bepaling van de aanhangigheid, en die welke daarin een verwijzingsregel ziet, dat wil zeggen een voorschrift dat naar het recht van het ene of andere forum verwijst voor de bepaling in concreto van het begrip aanhangigheid dat in elk der procedures van toepassing is. Vanzelfsprekend brengt het tweede standpunt mee, dat er evenveel begrippen aanhangigheid zijn als rechtsstelsels van Verdragsluitende Staten.

S. Zelger, koopman en eigenaar van de onderneming met dezelfde naam te München (Bondsrepubliek Duitsland), daagde S. Salinitri, eveneens koopman en gevestigd te Mascali (Italië), voor het Landgericht München I en vorderde terugbetaling van het restbedrag van een lening uit de jaren 1975 en 1976. De internationale bevoegdheid van het Duitse gerecht berustte volgens hem op het feit dat partijen mondeling waren overeengekomen dat München de plaats van uitvoering van de verbintenis tot terugbetaling zou zijn. Van zijn kant betwistte verweerder zowel de verbintenis als het bestaan van een bevoegdheidsbeding. Het Landgericht verwierp verzoekers stelling en verklaarde zich onbevoegd: bedoeld beding was wel overeengekomen, maar niet in de bij artikel 17 Executieverdrag voorgeschreven schriftelijke vorm, zodat niet van de algemene bevoegdheidscriteria kon worden afgeweken. Nadat zijn beroep bij het Oberlandesgericht München was afgewezen, wendde verzoeker zich tot het Bundesgerichtshof dat na schorsing van de zaak het Hof van Justitie verzocht om vast te stellen of op grond van de artikelen 5, sub 1, en 17 Executieverdrag een overeenkomst inzake de plaats van uitvoering van een verbintenis, die niet aan de vormvereisten van artikel 17 voldoet, volstaat om het gerecht van die plaats relatieve bevoegdheid te verlenen.

Bij arrest van 17 januari 1980 (zaak 56/79, Zelger, Jurispr. 1980, blz. 89) antwoordde het Hof, dat het ervan afhangt, of de clausule waarbij de partijen de plaats van uitvoering van een contractuele verbintenis zijn overeengekomen, geldig is volgens het nationale recht dat de overeenkomst beheerst. Is zulks het geval, dan is op grond van artikel 5,

1 — Vertaald uit het Italiaans.

sub 1, het gerecht van die plaats bevoegd om van het geschil inzake die verbintenis kennis te nemen, onverschillig of de vormvoorschriften van artikel 17 al dan niet in acht zijn genomen. Daar de betwiste clausule naar Duits recht geldig was, impliceerde die uitspraak, dat het gerecht te München bevoegd was voor het hoofdgeding. Het Bundesgerichtshof vernietigde dan ook de uitspraken van de lagere instanties, waarbij de onbevoegdheid was vastgesteld, en verwees de zaak voor verdere behandeling terug.

Hiermee is het verhaal echter niet afgelopen. Op grond van nieuw bewijsmateriaal en van een advies van het Instituut voor rechtsvergelijking van de universiteit te München, verklaarde het Landgericht zich wederom onbevoegd, ditmaal echter op grond van de omstandigheid, dat een vordering met hetzelfde onderwerp was ingesteld en nog aanhangig was bij het Tribunale di Catania, het gerecht van verweerders woonplaats. Volgens het voorrangcriterium immers is bevoegd het gerecht waarbij de zaak het eerst aanhangig is gemaakt. Het lijdt geen twijfel dat, toen de zaak voor het Landgericht kwam, ze reeds bij het Italiaanse gerecht was aangebracht, want de dagvaardingen waren respectievelijk betekend op 13 januari 1977 en 23 september 1976.

Verzoeker nam geen genoegen met deze tweede afwijzing en ging in hoger beroep. Hij wierp op, dat voor de vaststelling van het bevoegde gerecht niet het tijdstip van de betekening van dagvaarding beslissend is, maar het ogenblik waarop de vordering bij het gerecht is aangebracht. Het Oberlandesgericht schorste de behandeling van de zaak om het Hof de volgende vraag te stellen: „Is voor de beantwoording van de vraag bij welk gerecht van een Verdragsluitende Staat een vordering het eerst aanhangig is gemaakt (artikel 21 Executieverdrag), het tijdstip beslissend waarop de zaak voor de rechter is gebracht (‚Anhängigkeit'), dan wel het tijdstip waarop — door betekening van de vordering aan de verweerder — het geding volledig is ingeleid (‚Rechtshängigkeit')?"

2. Door te voorzien in een veelheid van fora (een algemeen en een aantal bijzondere), maakt het Executieverdrag een samenloop van verschillende internationale bevoegdheden mogelijk, en zoals in het rapport-Jenard wordt opgemerkt (PB C 59 van 1979, blz. 41), maakt dit een regeling van de aanhangigheid nodig. Dit is gebeurd in artikel 21, bepalende dat de gerechten van een Verdragsluitende Staat zich, zelfs ambtshalve, onbevoegd moeten verklaren, wanneer de zaak reeds aanhangig is bij het gerecht van een andere staat. De bepaling is duidelijk: „Wanneer voor gerechten van verschillende ... Staten tussen dezelfde partijen vorderingen aanhangig zijn, welke hetzelfde onderwerp betreffen ..., moet het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht ... de partijen verwijzen naar het gerecht bij hetwelk de zaak het eerst aanhangig is gemaakt."

De vraag van de verwijzende rechter betreft de zinsnede „het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht." Ontstaat de daarbedoelde prioriteit door de indiening van het verzoekschrift ter griffie, of door de betekening ervan aan de verweerder? Deze twijfel is mogelijk omdat in de Duitse versie van artikel 21 gesproken wordt van „Anhängigkeit". In de terminologie van de Duitse doctrine en rechtspraak op procesrechtelijk gebied wordt een zaak „anhängig" door de indiening van het verzoekschrift (dit brengt bepaalde rechtsgevolgen teweeg, bijvoorbeeld de stuiting van de verjaring: § 270,

lid 3, Zivilprozeßordnung); eerst door de betekening van het verzoekschrift aan de wederpartij treedt de „Rechtshängigkeit" in, die tot gevolg heeft dat het later aangezochte gerecht onbevoegd is. Hieruit zou de verwijzende rechter kunnen worden afgeleid, dat artikel 21 de prioriteit heeft willen verbinden aan de enkele indiening van het stuk waarmee het geding wordt ingeleid.

Deze uitlegging, die kennelijk in de zinsnede „gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht" een begrip van eenvormig recht leest, zou verder bevestiging vinden in artikel 22, eerste alinea, volgens hetwelk het gerecht bij hetwelk de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak kan aanhouden indien er samenhang bestaat met een vordering die voor het gerecht van een andere staat is aangebracht. De Duitse tekst van die bepaling gebruikt immers voor „aangebracht" het woord *„erhoben"*, dat in het procesrechtelijk taalgebruik doelt op de inleiding van een geding door betekening van het verzoekschrift *„Zustellung"*). Dat er twee verschillende woorden zijn gebruikt, zou er volgens het Oberlandesgericht op wijzen, dat de auteurs van het Executieverdrag, door begrippen te bezigen die typisch zijn voor het Duitse recht, twee verschillende vormen van aanhangigheid hebben aanvaard: één in artikel 21, gebaseerd op de indiening van het verzoekschrift, en de andere in artikel 22, gegrond op de betekening ervan aan de wederpartij.

3. Al aanstonds zij gezegd, dat artikel 21 niet kan worden uitgelegd op de wijze die de verwijzende rechter voor ogen staat. Ik acht het met name uitgesloten, dat het in die beapling gaat om een begrip aanhangigheid dat voor de rechtsstelsels van alle zes Verdragsluitende Staten gelding zou bezitten, te meer daar het ervan uitgaat, dat het proces begint met de indiening van het stuk waarmee het geding wordt ingeleid. Ik laat even het kennelijk bijkomstige, aan de Duitse tekst van het Executieverdrag ontleende argument buiten beschouwing. Een probleem als het onderhavige kan slechts worden opgelost wanneer wij *a)* ons ervan vergewissen, wat artikel 21 met aanhangigheid bedoelt, en *b)* het recht van de zes betrokken staten onderzoeken om na te gaan of zij het hierbedoelde rechtsinstituut op dezelfde wijze regelen en of derhalve in artikel 21 een bepaling van eenvormig recht kan worden gezien.

Ik begin dus met *a)*. Het begrip aanhangigheid impliceert hier enerzijds, dat dezelfde zaak bij verscheidene gerechten is aangebracht, en anderzijds, dat er een criterium bestaat om vast te stellen welk van beide gerechten de zaak verder moet behandelen. De criteria nu zijn uiterst verschillend. De Engelse gerechten kunnen bijvoorbeeld „de aanhangigheid van een procedure voor gerechten in het buitenland ... buiten beschouwing laten" en zelfs „de procedure en de beslissing over de zaak weigeren, als zij van oordeel zijn dat de zaak beter kan worden voorgelegd aan een even bevoegd gerecht van een andere Staat ..., omdat dat gezien de omstandigheden van het geval zinvoller is, en ... de gelijke kansen der partijen beter zouden zijn gewaarborgd" (zie het rapport-Schlosser, PB C 59 van 1979, blz. 97). Maar zoals wij zagen, hanteert het Executieverdrag het criterium van de prioriteit. Om het conflict op te lossen, kiest het dus tegen, „het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht." Dit is dus de regel waaraan de

nationale gerechten zich hebben te houden.

Wat betekent echter „het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht"? Deze vraag onderstelt dat men het moment bepaalt waarop het proces begint. Theoretisch kan men daartoe twee wegen bewandelen: men kan dat moment bepalen zonder acht te slaan op de vele materiële en procesrechtelijke gevolgen die de verschillende rechtsstelsels eraan verbinden, en men kan het bepalen aan de hand van de gevolgen van de aanhangigheid, dat wil zeggen het feit dat de zaak wordt onttrokken aan het gerecht waarbij zij het laatst is aangebracht.

Mijns inziens leidt de eerste weg tot niets. Hij leidt naar de invoering van een autonome en neutrale opvatting van het procesbegin. In het Verdrag zoekt men echter tevergeefs naar bruikbare aanknopingspunten daarvoor. Het begrip waarop artikel 21 doelt waar het spreekt van „het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht", is integendeel veranderlijk en deelbaar, al naar gelang van de gevolgen die men eraan wil verbinden en waarvan in de nationale rechtsstelsels vele voorbeelden zijn te vinden. Neem nu het Duitse recht. Voor de stuiting van de verjaring is de eenvoudige indiening van het verzoekschrift voldoende; waar het gaat om het intreden van de aanhangigheid, dus om de bepaling van het gerecht dat heer blijft van het proces, is echter de betekening van dat stuk beslissend: twee gevolgen, twee manieren om het procesbegin te zien.

Ik zei reeds, dat naar de mening van het Oberlandesgericht de Duitse tekst van artikel 21 een andere conclusie toelaat. Door „anhängig" (dus aanhangig vanaf de indiening) te noemen wat in artikel 22 „erhoben" heet, zou het een autonoom begrip voor het beginpunt van het proces invoeren. Hier kan ik het niet mee eens zijn. De auteurs van het Executieverdrag hebben mijns inziens die twee woorden niet gebruikt om verschillende realiteiten aan te duiden. Zij hebben ook niet het woord „anhängig" gebruikt om de idee ingang te doen vinden, dat met het oog op de aanhangigheid, het proces altijd en overal moet worden geacht te zijn begonnen met de indiening van het stuk waarmee het geding wordt ingeleid. Tegen de twijfel van de verwijzende rechter kan immers drieërlei worden aangevoerd. In de eerste plaats heeft het Duitse onderscheid geen pendant in de Franse, de Italiaanse en de Nederlandse versie; in de tweede plaats wordt in geen van de andere vijf landen een zaak geacht aanhangig te zijn voordat het contradictoire element eraan is toegevoegd, en in de derde plaats doet, zoals gezegd, het Duitse recht zelf de „Rechtshängigkeit" eerst intreden met de betekening van het verzoekschrift en gaat het enkel voor andere doelen (zoals, in bepaalde gevallen, stuiting van de verjaring) uit van het eerdere tijdstip van indiening van het verzoekschrift.

4. Nu vaststaat wat in artikel 21 met aanhangigheid is bedoeld, moeten wij ons vervolgens afvragen, of de in dat artikel neergelegde bepaling een regeling van eenvormig recht is, dus een die aan alle Verdragsluitende Staten gemeen is, dan wel of zij verwijst naar de respectieve nationale wettelijke regelingen inzake aanhangigheid. Zoals bekend, valt geen van beide mogelijkheden a priori uit te sluiten (in die zin, voor alle rechtsbegrippen van het Executieverdrag, het arrest van 6. 10. 1976, zaak 12/76, Tessili, Jurispr. 1976, blz. 1473). Om tussen beide te kunnen kiezen blijft ons niets anders over dan de zes regelingen de revue te laten passeren. Kan men zeggen

dat zij een gemeenschappelijk begrip aanhangigheid inhouden? Beter gezegd, kan men zeggen dat zij hetzelfde tijdstip aanwijzen dat in het procesverloop beslissend is voor de vaststelling van het bevoegde gerecht, indien de vordering op verschillende ogenblikken bij verschillende gerechten is aangebracht?

Aan het slot van punt 3 merkte ik op, dat zij iets gemeen hebben: *nergens* wordt dit tijdstip gesitueerd vóór de betekening aan de verweerder van het stuk waarmee het geding wordt ingeleid. Volgens artikel 29 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek wordt het gerecht waarbij de zaak het eerst aanhangig is gemaakt, bepaald naar de datum van inschrijving van de zaak op de rol (een handeling die plaatsvindt na de inleiding van het geding op tegenspraak en dit vooronderstelt). Van Duitsland is reeds meermaals gesproken (zie de §§ 253, lid 1, en 261, lid 1, Zivilprozeßordnung). In Frankrijk bepaalt artikel 100 van de nieuwe Code de procédure civile, dat „si le même litige est pendant devant deux juridictions . . . également compétentes . . ., la juridiction saisie en second lieu doit se dessaisir en faveur de l'autre." Bovendien wordt volgens artikel 54 „la demande initiale" (die krachtens artikel 53 „introduit l'instance") „formée par assignation ou par remise d'une requête conjointe au secrétariat de la juridiction." Het is echter niet louter de eenzijdige indiening ter griffie van het verzoekschrift, die de aanhangigheid meebrengt: volgens de uitlegging die de Cour de cassation aan artikel 100 geeft, is hiervoor vereist dat de dagvaarding aan de wederpartij is betekend (arrest van 24. 4. 1981, Bull. Civ., II, nr. 104).

Het Italiaanse recht is duidelijker: volgens artikel 39, derde alinea, van de Codice di procedura civile „wordt de prioriteit (prevenzione) bepaald door de betekening van de dagvaarding"; de inschrijving van de zaak op de rol, die plaatsvindt na de betekening en op initiatief van een partij, is daarbij niet van belang. Hetzelfde geldt in Luxemburg: van aanhangigheid is sprake vanaf de betekening (artikelen 61 en 171 van de Luxemburgse Code de procédure civile), zonder dat daarbij enige betekenis toekomt aan de inschrijving van de zaak op de rol: aldus het Tribunal d'arrondissement de Luxembourg en de Cour Supérieure de Justice (vonnis van 21 november 1957 en arrest van 9 november 1964, Pas. Lux., vol. 17, blz. 209, en vol. 19, blz. 426). Ook de Nederlandse regeling is niet anders. Volgens de overheersende rechtspraak met betrekking tot artikel 158, lid 1, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is er aanhangigheid wanneer het stuk dat het geding inleidt, aan de verweerder is meegedeeld. De inschrijving op de rol, die moet gebeuren uiterlijk op de dag die voorafgaat aan de rechtsdag die in de dagvaarding is uitgedrukt (artikel 135, lid 1), is irrelevant.

5. Overeenkomstige tendensen dus, maar geen identieke regeling: dit lijkt mij — vooral als gevolg van de Belgische regeling en de dubbelzinnigheid van de Franse bepalingen — de conclusie van onze vergelijkende studie. Bij deze stand van zaken is het onmogelijk om tot een gemeenschappelijk en voor alle rechtsstelsels geldend begrip aanhangigheid te komen. Tot die conclusie komt overigens

ook het rapport-Jenard. Het comité van deskundigen, dat het ontwerp van Verdrag opstelde, was van mening — ik citeer — „dat het niet nodig was in de tekst [van artikel 21] aan te geven op welk tijdstip een proces geacht moet worden aanhangig te zijn", en besloot dus „de beantwoording van deze vraag aan elk van de nationale wetgevingen [over te laten]."

Dit volstaat echter niet als antwoord aan de verwijzende rechter. Nu vaststaat dat het om een verwijzingsregel gaat, is het zaak, na te gaan of *om het even welke* nationale regeling inzake aanhangigheid gemeenschapsrechtelijk aanvaardbaar is, en dus uitvoering kan geven aan de verwijzing in artikel 21. Ik heb daar mijn twijfels over: zo zou ik bijvoorbeeld een regeling die afbreuk doet aan de rechten van de verdediging, niet aanvaardbaar noemen. Aan deze rechten hecht het Executieverdrag immers een bijzonder belang, door als één van de voorwaarden die de erkenning van buitenlandse beslissingen onmogelijk maken, het feit te noemen dat het stuk dat het geding inleidt, „niet regelmatig en zo tijdig als met het oog op zijn verdediging nodig was aan de verweerder, tegen wie verstek werd verleend, is betekend" (artikel 27, sub 2).

Mijns inziens dreigt de aanknoping van de aanhangigheid aan een proceshandeling vóór de betekening van de dagvaarding de mogelijkheden van verweer van de wederpartij in twee opzichten nadelig te beïnvloeden: eerst en vooral omdat hij, onkundig van het feit dat een zaak tegen hem voor een ander gerecht is ingeleid, niet tijdig de exceptie van litispendentie kan opwerpen en een spoedige aanvang van het proces voor het gerecht waarbij de zaak het eerst aanhangig is gemaakt, kan bewerken; vervolgens omdat reeds de indiening van het verzoekschrift door de verzoeker hem nog vóór de inleiding van het geding op tegenspraak zou beletten zich tot een ander, even bevoegd gerecht te wenden. Artikel 21 staat dus enkel oplossingen toe, waarbij de aanhangigheid *niet* vóór de betekening intreedt. Maar uiteraard staat het er niet aan in de weg, dat de aanhangigheid eerst op een later tijdstip intreedt (bijvoorbeeld bij de inschrijving op de rol: artikel 29 van het Belgische Gerechtelijk Wetboek).

Maar er is meer. Met de doelstellingen van het Executieverdrag zijn mijns inziens slechts die stelsels in overeenstemming, die voor de oplossing van het conflict tussen twee gerechten waarbij dezelfde zaak is aangebracht, een automatisch criterium hanteren. Wanneer men de keuze aan die gerechten of aan partijen overlaat, dan kan dat immers leiden tot onzekerheid en wedijver tussen verschillende autoriteiten *(quid iuris,* bijvoorbeeld, indien twee gerechten van verschillende staten zich beide bevoegd of onbevoegd verklaren?). Dit is nu juist het probleem waarvoor het rechtsinstituut aanhangigheid een oplossing moet bieden en dat het Executieverdrag heeft willen voorkomen. Ik betwijfel dan ook, of de Engelsen, wanneer zij dit Verdrag eenmaal hebben bekrachtigd, het in punt 3 weergegeven stelsel zullen kunnen handhaven.

6. Op grond van een en ander geef ik het Hof in overweging, de vraag die het Oberlandesgericht München bij beschikking van 22 juni 1983 in de zaak Zelger t. Salinitri heeft gesteld, te beantwoorden als volgt:

Artikel 21 van het Verdrag van Brussel van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, moet aldus worden uitgelegd, dat voor het bepalen van de prioriteit tussen twee of meer vorderingen, die hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten en voor gerechten van verschillende Verdragsluitende Staten tussen dezelfde partijen aanhangig zijn, het tijdstip beslissend is, waarop er aanhangigheid is volgens de wet van het aangezochte gerecht. Dat tijdstip dient voorts te kunnen worden bepaald aan de hand van objectieve criteria, en mag niet liggen vóór de betekening aan de verweerder van het stuk waarmee het geding wordt ingeleid.