CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL SIR GORDON SLYNN VAN 4 JULI 1984 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

In een geding voor het Tribunale te Verona tussen de Italiaanse vennootschap Brennero en de Duitse vennootschap Wendel verkreeg eerstgenoemde een beschikking inzake conservatoir beslag.

Zoals voor het Hof is uiteengezet, kan naar Italiaans recht een dergelijke beschikking vóór of tijdens de procedure worden gegeven, wanneer zulks noodzakelijk wordt geacht om de tenuitvoerlegging van het vonnis te verzekeren. Zij moet binnen dertig dagen worden uitgevoerd door beslaglegging op de goederen van de schuldenaar. De schuldeiser mag de goederen waarop beslag is gelegd, niet verkopen en de opbrengst voor zich houden. De goederen blijven onder toezicht van de rechter die de beschikking heeft gegeven. Pas wanneer de vordering van de schuldeiser is toegewezen, kan deze onmiddellijk tot executie overgaan. Wordt zijn vordering afgewezen, dan komt de beschikking automatisch te vervallen.

In casu had de beschikking betrekking op roerende en onroerende goederen alsmede op vorderingen van Wendel, tot een bedrag van LIT 700 000 000 plus interessen. Vaststaat, dat zij tussen partijen gold en derhalve in beginsel uitvoerbaar was op grond van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (hierna: Executieverdrag) (zie het arrest van 21. 5. 1980, zaak 125/79, Denilauler, Jurispr. 1980, blz. 1553, r. o. 17). Volgens Brennero bezat Wendel geen goederen of vorderingen in Italië en was het noodzakelijk in Duitsland te executeren. Te dien einde verklaarde de Italiaanse rechter de beschikking uitvoerbaar in Italië overeenkomstig artikel 47 Executieverdrag. Krachtens artikel 32 Executieverdrag verzocht Brennero de president van de Vierde civiele kamer van het Landgericht te Detmold (Duitsland), Wendels woonplaats, om de tenuitvoerlegging van de beschikking tot conservatoir beslag toe te staan. De beslissing houdende verlof tot tenuitvoerlegging, werd op 7 juli 1983 gegeven en overeenkomstig artikel 35 Executieverdrag ter kennis van Brennero gebracht.

Artikel 36 bepaalt dat indien, zoals in casu, de tenuitvoerlegging wordt toegestaan, „de partij tegen wie de tenuitvoerlegging wordt gevraagd binnen één maand na de betekening van de beslissing [houdende verlof tot tenuitvoerlegging] daartegen verzet kan doen." Artikel 39 luidt: „Gedurende de termijn van verzet, bedoeld in artikel 36, en tot het tijdstip dat daarover uitspraak is gedaan, kunnen slechts bewarende maatregelen worden genomen ten aanzien van de

1 — Vertaald uit het Engels.

goederen van de partij tegen wie de tenuitvoerlegging is gevraagd. De beslissing waarbij de tenuitvoerlegging wordt toegestaan houdt tevens het verlof in deze maatregelen te treffen."

Daarom bepaalde de beslissing waarbij in casu de tenuitvoerlegging werd toegestaan, dat die tenuitvoerlegging niet verder mocht gaan dan „bewarende maatregelen", totdat Brennero een verklaring zou overleggen, dat de tenuitvoerlegging onbeperkt mocht plaatsvinden. Gezien het conservatoire karakter van de beschikking van de Italiaanse rechter, kon Brennero blijkbaar een dergelijke verklaring niet overleggen vóór het eindvonnis in haar geding tegen Wendel.

Op 12 juli 1983 deed Wendel krachtens artikel 36 Executieverdrag bij het Oberlandesgericht verzet tegen de beslissing waarbij de tenuitvoerlegging was toegestaan. Tegelijkertijd verzocht Wendel om een voorlopige beschikking waarbij de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Italiaanse rechter afhankelijk zou worden gemaakt van het stellen van zekerheid tot een bedrag, zo werd ons meegedeeld, gelijk aan dat waarop de beschikking van de Italiaanse rechter betrekking had.

Wendel baseerde haar verzoek op artikel 38 Executieverdrag, dat bepaalt dat het gerecht dat over het verzet tegen een beslissing houdende verlof tot tenuitvoerlegging oordeelt, „op verzoek van de partij die het verzet heeft gedaan, zijn uitspraak kan aanhouden indien tegen de in den vreemde gegeven beslissing in de Staat van herkomst een gewoon rechtsmiddel is aangewend of indien de termijn daarvoor nog niet is verstreken; in dit laatste geval kan het gerecht een termijn stellen binnen welke het rechtsmiddel moet worden aangewend. Dit gerecht kan het verlof tot tenuitvoerlegging ook geven op voorwaarde dat zekerheid wordt gesteld; de zekerheid wordt door het gerecht omschreven." Wendel heeft kennelijk geen rechtsmiddel aangewend tegen de beschikking van de Italiaanse rechter. Ons werd trouwens verteld, dat naar Italiaans recht geen rechtsmiddel daartegen openstaat. Bedoelde beschikking kan worden ingetrokken door de rechter bij wie het geding aanhangig is, en komt blijkbaar te vervallen bij het eindvonnis. Wendel heeft niet om aanhouding van de uitspraak op grond van artikel 38 verzocht en, indien het Italiaanse recht geen beroepsmogelijkheid biedt, is er geen ruimte voor toepassing van artikel 38, eerste alinea, die afhangt van de aanwending of althans de mogelijkheid tot aanwending van een rechtsmiddel.

Op 15 juli 1983 besliste het Oberlandesgericht dat de beschikking van de Italiaanse rechter slechts ten uitvoer mocht worden gelegd, indien de door Wendel gevraagde zekerheid van DM 1 200 000 werd gesteld. Volgens de verwijzingsbeschikking van het Bundesgerichtshof, waarbij Brennero „Rechtsbeschwerde" heeft ingesteld, was dit een interlocutoire beslissing. Het Oberlandesgericht had op het tijdstip van de verwijzingsbeschikking nog niet op Wendels verzet beslist. Brennero meende dat zij niet in staat was de gevraagde zekerheid te verschaffen, omdat zij niet tijdig gelden kon overmaken uit Italië. Daarom stelde zij bij het Bundesgerichtshof „Rechtsbeschwerde" in tegen te beschikking van het Oberlandesgericht. Luidens de verwijzingsbeschikking kan Brennero naar Duits recht geen „Rechtsbeschwerde" instellen tegen de beschikking van het Oberlandesgericht. Artikel 37 Executieverdrag bepaalt even-

wel dat tegen een beslissing, gegeven op het verzet tegen een beslissing houdende verlof tot tenuitvoerlegging, in de Bondsrepubliek Duitsland slechts het middel van „Rechtsbeschwerde" kan worden aangewend.

Aan het Hof zijn twee, weliswaar met elkaar samenhangende, vragen gesteld. De eerste luidt als volgt:

„Kan het Oberlandesgericht waarbij in de Bondsrepubliek Duitsland het in de artikelen 36 en 37 Executieverdrag bedoelde verzet van de schuldenaar tegen het verlof tot tenuitvoerlegging aanhangig is, een bevel als bedoeld in artikel 38, tweede alinea, Executieverdrag, waarmee de tenuitvoerlegging van het stellen van zekerheid afhankelijk wordt gemaakt, slechts geven als onderdeel van zijn eindbeslissing op het verzet, of ook als voorlopige maatregel in de loop van de verzetprocedure?"

Volgens het bepaalde in de artikelen 31 e.v. Executieverdrag mag geen onderzoek naar de juistheid van een in den vreemde gegeven beslissing plaatsvinden in de staat waar zij ten uitvoer moet worden gelegd. Dit beperkt de rol van de gerechten in de aangezochte staat. De artikelen 38 en 39 wijken in twee bijzondere gevallen af van de regel, dat de beslissing onmiddellijk uitvoerbaar is. In de eerste plaats kan, wanneer de beslissing waarvoor het exequatur wordt gevraagd, niet definitief is in die zin dat daartegen nog een gewoon rechtsmiddel openstaat, het gerecht in de aangezochte staat krachtens artikel 38 zijn uitspraak aanhouden; het is vrij om dit te doen of niet. In het tweede geval, wanneer tegen de beslissing houdende verlof tot tenuitvoerlegging verzet is gedaan (of de verzettermijn nog niet is verstreken), kan het gerecht in de aangezochte staat slechts bewarende maatregelen nemen; het kan en mag niet meer doen. Ik ben het niet eens met Wendels opvatting, dat artikel 38 van toepassing is op beslissingen die niet, en artikel 39 op beslissingen die wel in kracht van gewijsde zijn gegaan, en dat artikel 38 voorrang heeft boven artikel 39. Mijns inziens is artikel 39 van toepassing, onverschillig of de beslissing waarvoor het exequatur wordt gevraagd, definitief is of niet.

De in artikel 39 Executieverdrag bedoelde „bewarende maatregelen" zijn de maatregelen die naar het recht van de aangezochte staat kunnen worden getroffen om te voorkomen, dat de schuldenaar de goederen waarop beslag moet worden gelegd, laat verdwijnen (zie rapport-Jenard, blz. 52). De maatregelen die volgens artikel 39 niet mogen worden genomen, zijn derhalve alle andere middelen tot gedwongen tenuitvoerlegging, die gewoonlijk plaatsvindt door executie op de goederen van de schuldenaar.

In casu gaat het niet om een door executie ten uitvoer te leggen beslissing. De goederen van de schuldenaar zijn slechts onder toezicht geplaatst van de rechter die de beschikking heeft gegeven. De schuldeiser moet voorlopig nog van de goederen afblijven. Het is duidelijk dat een dergelijke beslissing in een andere verdragsluitende staat niet op de juiste wijze ten uitvoer wordt gelegd door middel van een exequatur dat het de schuldeiser mogelijk maakt tot executie over te gaan. Zij kan enkel ten uitvoer worden gelegd door middel van de door het recht van de aangezochte staat geboden bewarende maatregel die het meest geschikt is om de eveneens bewarende maatregel van de oorspronkelijke beslissing te effectueren. Het doel van artikel 39 is, „in het stadium van het exequatur een evenwicht te waarborgen tussen de rechten en de belangen van de partijen,

alsmede te voorkomen dat een van beide door de werking van de processuele voorschriften aan enig nadeel wordt blootgesteld" (rapport-Jenard, blz. 52). Bewarende maatregelen kunnen dat evenwicht waarborgen, zij kunnen het niet bedreigen. Artikel 39 sluit dus bewarende maatregelen met hetzelfde effect als de bewarende maatregelen die zijn bevolen bij de beslissing waarvoor het exequatur wordt gevraagd, niet uit, om de enkele reden dat zij uitvoering geven aan die beslissing. Dit is niet het soort maatregelen dat artikel 39 verbiedt.

Terwijl artikel 39 betrekking heeft op de periode vóór het verstrijken van de verzettermijn of vóór de uitspraak op het verzet in de aangezochte staat, ziet artikel 38 op de periode vóór het verstrijken van de termijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel of, implicite, vóór de uitspraak op dat rechtsmiddel in de staat van herkomst. In het laatste geval kan, naar ik meen, de uitspraak in de aangezochte staat worden aangehouden vóór of tijdens de behandeling van het verzet in die staat. Of en wanneer de uitspraak krachtens artikel 38 dient te worden aangehouden, kan afhangen van de vraag of bewarende maatregelen als bedoeld in artikel 39 nodig zijn. Mijns inziens ontneemt het aanhouden van de uitspraak krachtens artikel 38 het gerecht echter niet de bevoegdheid om op grond van artikel 39 bewarende maatregelen te nemen.

Na eerst te hebben gezegd dat het gerecht zijn uitspraak kan aanhouden, bepaalt artikel 38 vervolgens in zijn tweede alinea, dat het gerecht het verlof tot tenuitvoerlegging „ook" kan geven op voorwaarde dat zekerheid wordt gesteld. Het is vreemd, dat deze alinea in deze vorm na de bepaling betreffende het aanhouden van de uitspraak komt, want het lijkt mij duidelijk niet de bedoeling, dat een gerecht, wanneer het zijn uitspraak aanhoudt, tegelijkertijd de tenuitvoerlegging (die het op dat moment dus niet beveelt) in de toekomst van zekerheidstelling afhankelijk maakt. Anderzijds lijkt het mij even evident, dat de zekerheidstelling niet moet worden gezien als deel van of aanvulling op krachtens artikel 39 getroffen bewarende maatregelen. Bewarende maatregelen „bevriezen" slechts de goederen in de aangezochte staat; zij leiden niet tot executie. Nergens wordt bepaald dat het stellen van zekerheid een voorwaarde voor bewarende maatregelen kan zijn. „Tenuitvoerlegging" is het uitvoeren van de oorspronkelijke beslissing. Het gerecht waarbij het verzet aanhangig is, kan slechts zekerheidstelling bevelen op het ogenblik waarop het de tenuitvoerlegging toestaat. Deze beslissing wordt eerst genomen bij de definitieve behandeling van het verzet; eerst bij de einduitspraak op het verzet kan zekerheidstelling worden bevolen. Het is een middel om de schuldenaar te beschermen wanneer de uitspraak niet wordt aangehouden, zodat hij, indien tegen de beslissing een rechtsmiddel openstaat in de staat waar zij is gegeven, verhaal heeft indien zijn goederen zijn geliquideerd.

Evenals de bevoegdheid om de uitspraak aan te houden, bestaat de bevoegdheid om zekerheidstelling te bevelen slechts, wanneer in de staat waar de beslissing is gegeven, een rechtsmiddel is aangewend of de termijn daarvoor nog niet is verstreken.

De vraag is wel eens opgeworpen of, wanneer een beslissing zelf een bewa-

rende maatregel is, de tenuitvoerlegging ervan ooit van zekerheidstelling afhankelijk kan worden gemaakt, zelfs als onderdeel van de eindbeslissing op het verzet. Volgens sommigen zou dit niet het geval zijn. Ofschoon deze vraag in de verwijzingsbeschikking niet uitdrukkelijk aan de orde wordt gesteld, is zij van belang voor de onderhavige zaak, en meen ik erop te moeten ingaan. Mijns inziens is er geen grond voor de uitlegging, dat de gerechten van de aangezochte staat bij hun eindbeslissing op het verzet geen bewarende maatregelen zouden kunnen bevelen. Daarvan is nergens uitdrukkelijk sprake, en mijns inziens kan het ook nergens in worden gelezen. Het is integendeel duidelijk, dat een beschikking waarbij op verzoek van een schuldeiser activa worden „bevroren", de schuldenaar schade kan berokkenen, zelfs wanneer niet aan de goederen kan worden geraakt. Indien het gerecht dat de oorspronkelijke beschikking heeft gegeven, een verzoek tot zekerheidstelling in overweging heeft genomen en afgewezen, ligt het in de lijn van het Executieverdrag, dat het gerecht dat de tenuitvoerlegging toestaat, die beslissing niet op haar juistheid toetst, voor zover zich geen wijziging in de omstandigheden heeft voorgedaan. Het is echter wel bevoegd om dat te doen. Onder gewijzigde omstandigheden kan het gerecht dat de tenuitvoerlegging toestaat, zekerheidstelling bevelen wanneer een rechtsmiddel is aangewend, ook indien zij eerst was geweigerd. Deze overwegingen gelden echter zowel wanneer de beschikking niet als wanneer zij wel betrekking heeft op bewarende maatregelen. Mijns inziens kan derhalve niet worden aanvaard dat, wanneer een beslissing alleen betrekking heeft op bewarende maatregelen, geen zekerheidstelling kan worden bevolen, met dien verstande dat het gerecht van de aangezochte staat bij de uitoefening van zijn beoordelingsbevoegdheid ermee rekening dient te houden, dat het gerecht dat de beslissing heeft gegeven, zekerheidstelling heeft geweigerd.

De tweede vraag luidt als volgt:

„Staat ingevolge rechtstreekse of overeenkomstige toepassing van artikel 37, tweede alinea, Executieverdrag ‚Rechtsbeschwerde' open tegen een bevel tot zekerheidstelling, dat het Oberlandesgericht krachtens artikel 38, tweede alinea, Executieverdrag als voorlopige maatregel in de loop van de verzetprocedure geeft?"

Artikel 37 voorziet in een verder rechtsmiddel tegen de „beslissing gewezen op het verzet" tegen de beslissing houdende verlof tot tenuitvoerlegging. In artikel 37 is niet uitdrukkelijk sprake van interlocutoire beslissingen die door het gerecht krachtens artikel 37 worden gegeven in afwachting van de „op het verzet gewezen beslissing". Wendel, de Duitse regering en de Commissie hebben hieruit afgeleid, dat met de „op het verzet gewezen beslissing" de eindbeslissing op het verzet wordt bedoeld en dat tegen een interlocutoire beslissing geen rechtsmiddel openstaat.

Indien, gelijk mijns inziens het geval is, de auteurs van het Executieverdrag door de regeling van artikel 39 de mogelijkheid hebben uitgesloten, in afwachting van de uitspraak op het verzet, bij interlocutoire beslissing de tenuitvoerlegging onder voorwaarde van zekerheidstelling toe te staan, dan moet bij de uitlegging

van de woorden „de op het verzet gewezen beslissing" in artikel 37 ervan worden uitgegaan, dat dit slechts de eindbeslissing op het verzet kan zijn, en niet een interlocutoire beslissing in vorenbedoelde zin. Artikel 37 is bijgevolg niet van toepassing op het geval dat zo'n interlocutoire beslissing wordt gegeven. Dit betekent dat, wanneer een gerecht een voorlopig bevel geeft zonder daartoe bevoegd te zijn, daartegen kan worden opgekomen met de gewone rechtsmiddelen die het nationale recht van de aangezochte staat ter beschikking stelt, namelijk, waar zulks mogelijk is, door het instellen van beroep of, bij gebreke van een beroepsmogelijkheid, door een verzoek aan het gerecht dat het oorspronkelijke bevel heeft gegeven.

Dat het Executieverdrag geen bepaling betreffende een dergelijk rechtsmiddel bevat, bevestigt mijns inziens de conclusie waartoe ik ten aanzien van de eerste vraag ben gekomen, namelijk dat het Executieverdrag niet voorziet in een bevoegdheid om een dergelijk voorlopig bevel te geven.

Mitsdien geef ik in overweging de vragen te beantwoorden als volgt:

1. Het Oberlandesgericht waarbij in de Bondsrepubliek Duitsland het in de artikelen 36 en 37 Executieverdrag bedoelde verzet van de schuldenaar tegen de beslissing houdende verlof tot tenuitvoerlegging aanhangig is, kan een bevel krachtens artikel 38, tweede alinea, van dit Verdrag, waarbij de tenuitvoerlegging van een zekerheidstelling afhankelijk wordt gemaakt, niet geven als een voorlopige maatregel in de loop van de verzetprocedure.

2. Artikel 37, tweede alinea, Executieverdrag is niet van toepassing op voorlopige bevelen in vorenbedoelde zin, die krachtens artikel 38, tweede alinea, in de loop van de verzetprocedure mochten zijn gegeven; in het geval dat een dergelijk voorlopig bevel onbevoegdelijk wordt gegeven, kunnen partijen de gewone rechtsmiddelen aanwenden die hun op grond van het nationale recht ter beschikking staan.

Over de kosten van partijen in de procedure voor het Bundesgerichtshof, heeft dit laatste te beslissen. De door de Duitse en Italiaanse regering en de Commissie gemaakte kosten kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen.