CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 5 december 2002 [1]

1. Bij beschikking van 22 februari 2001 heeft het Oberste Gerichtshof (Oostenrijk) het Hof drie prejudiciële vragen voorgelegd over de uitlegging van artikel 21 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken. [2] Dit artikel bepaalt in wezen dat wanneer voor gerechten van verschillende verdragsluitende staten tussen dezelfde partijen vorderingen aanhangig zijn, welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zich onbevoegd moet verklaren ten gunste van het gerecht waarbij de zaak het eerst aanhangig is gemaakt.

I — Rechtskader

A — *Het Executieverdrag*

2. Volgens zijn preambule heeft het Executieverdrag tot doel, overeenkomstig artikel 293 EG de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen te vergemakkelijken en binnen de Europese Gemeenschap de rechtsbescherming van degenen die er gevestigd zijn te vergroten. Volgens de considerans is het hiertoe noodzakelijk de bevoegdheid van de gerechten van de verdragsluitende staten in internationaal verband vast te stellen.

3. De bevoegdheidsregels zijn neergelegd in titel II van het Executieverdrag. Afdeling 8, met als opschrift „Aanhangigheid en samenhang", dient tegenstrijdige uitspraken te vermijden en aldus een goede rechtsbedeling in de Gemeenschap te verzekeren. [3]

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — (PB 1972, L 299, blz. 32), zoals gewijzigd bij het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland (PB L 304, blz. 1, en gewijzigde tekst — blz. 77), bij het Verdrag van 25 oktober 1982 betreffende de toetreding van de Helleense Republiek (PB L 388, blz. 1), bij het Verdrag van 26 mei 1989 betreffende de toetreding van het Koninkrijk Spanje en de Portugese Republiek (PB L 285, blz. 1) en bij het Verdrag van 29 november 1996 betreffende de toetreding van de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden (PB 1997, C 15, blz. 1). Een geconsolideerde versie van het verdrag, zoals gewijzigd bij deze vier toetredingsverdragen, is bekendgemaakt in PB 1998, C 27, blz. 1 (hierna: „Executieverdrag").

3 — Rapport over het verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (het „rapport Jenard", PB 1979, C 59, blz. 1).

4. Artikel 21, dat de aanhangigheid betreft, luidt:

„Wanneer voor gerechten van verschillende verdragsluitende staten tussen dezelfde partijen vorderingen aanhangig zijn, welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten, houdt het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht zijn uitspraak ambtshalve aan totdat de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat.

Wanneer de bevoegdheid van het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht, vaststaat, verklaart het gerecht waarbij de zaak het laatst is aangebracht, zich onbevoegd."

5. Artikel 22, dat de samenhang betreft, luidt:

„Wanneer samenhangende vorderingen bij gerechten van verschillende verdragsluitende staten zijn aangebracht en in eerste aanleg aanhangig zijn, kan het gerecht bij hetwelk de zaak het laatst is aangebracht, zijn uitspraak aanhouden.

Dit gerecht kan, op verzoek van een der partijen, ook tot verwijzing overgaan mits zijn wetgeving de voeging van samenhangende zaken toestaat en het gerecht waarbij de zaak het eerst is aangebracht bevoegd is van de beide vorderingen kennis te nemen.

Samenhangend in de zin van dit artikel zijn vorderingen waartussen een zodanig nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare uitspraken worden gegeven."

B — *Oostenrijks recht*

6. Voor een goed begrip van de zaak moeten de beginselen van het Oostenrijkse recht op het gebied van de verrekening worden behandeld. Over het begrip „verrekening" merk ik slechts op dat dit een wijze van tenietgaan van de verbintenis is. Door verrekening gaan de verschillende vorderingen die twee personen over en weer hebben, gelijktijdig teniet ten belope van de laagste vordering.

7. In het Oostenrijkse recht heeft de verrekening plaats door eenzijdige verklaring van de ene partij aan de andere.[4] Andere vormen van verrekening, die in andere Europese rechtsstelsels bekend zijn, zoals de wettelijke verrekening (uit hoofde van de wet) en de gerechtelijke verrekening (uit hoofde van een gerechtelijke beslissing), kent het Oostenrijks recht niet. De verklaring kan zowel buitengerechtelijk als in het kader van een proces worden gedaan. De verrekeningsverklaring heeft hetzelfde

4 — Een verrekeningsovereenkomst door twee wederzijdse verklaringen is ook mogelijk.

rechtsgevolg ongeacht of zij buitengerechtelijk of in het kader van een proces is gedaan. Zij heeft altijd terugwerkende kracht: beide vorderingen worden geacht teniet te zijn gegaan op het tijdstip waarop de voorwaarden voor de verrekening waren vervuld, en niet op het tijdstip van de verrekeningsverklaring. De rechter beperkt zich ertoe, vast te stellen dat verrekening heeft plaatsgevonden.

II — De feiten en de procedure in het hoofdgeding

8. Gantner Electronic GmbH [5] is een Oostenrijkse vennootschap die duivenklokken produceert en verkoopt. In het kader van haar zakenrelatie met de Nederlandse vennootschap Basch Exploitatie Maatschappij BV [6] leverde zij haar deze goederen voor verkoop in Nederland.

9. Van mening dat Basch de tot juni 1999 geleverde en gefactureerde goederen niet had betaald, maakte Gantner een einde aan hun zakenrelatie.

10. Op 7 september 1999 stelde Basch bij de arrondissementsrechtbank te Dordrecht (Nederland) tegen Gantner een vordering tot schadevergoeding in van 2 520 814,26 euro. [7] Zij betoogde dat de opzeggingstermijn langer had moeten zijn omdat Gantner een contractuele relatie van meer dan veertig jaar had opgezegd. Blijkens de verwijzingsbeschikking [8] meende Basch recht te hebben op een bedrag van 2 700 428,82 [9] euro, maar moest volgens haar van dit bedrag 170 852,34 [10] euro in mindering worden gebracht wegens door haar als gerechtvaardigd erkende vorderingen van Gantner. Het door haar gevorderde bedrag bedroeg dan ook 2 520 814,26 euro. Aldus paste zij een verrekening door een verklaring [11] toe, zoals geregeld in de Nederlandse en de Oostenrijkse wetgeving.

11. Op 22 september 1999 [12] stelde Gantner tegen Basch bij het Landesgericht Feldkirch (Oostenrijk) een vordering in voor de aankoopprijs van de tot in 1999 geleverde goederen ten belope van 837 460,18 euro. [13] Gantner heeft deze vordering niet geldend gemaakt in de procedure in Nederland.

5 — Hierna: „Gantner".

6 — Hierna: „Basch".

7 — Volgens de verwijzingsbeschikking bedraagt het gevorderde bedrag 5 555 143,60 NLG (blz. 3).

8 — Blz. 3 en 4.

9 — Volgens de verwijzingsbeschikking gaat het om 5 950 962 NLG (blz. 4).

10 — Volgens de verwijzingsbeschikking gaat het om 376 509 NLG (blz. 4).

11 — Hierna: „buitengerechtelijke verrekening".

12 — Deze vordering is op 21 december 1999 aan Basch betekend.

13 — Volgens de verwijzingsbeschikking bedraagt dit bedrag 11 523 703,30 ATS (blz. 4).

12. Basch concludeerde tot afwijzing van deze vordering. Zij stelde dat het deel van Gantners vordering dat zij als gerechtvaardigd erkende (170 852,34 euro), teniet was gegaan door de buitengerechtelijke verrekening en verklaarde dat het saldo (666 607,84 euro) zou worden verrekend [14] met de rest van haar eigen schadevordering in het geding voor de arrondissementsrechtbank te Dordrecht. Bovendien verzocht Basch de Oostenrijkse rechter om zijn uitspraak aan te houden wegens aanhangigheid in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag, dan wel wegens samenhang in de zin van artikel 22 van het Executieverdrag.

13. De Oostenrijkse rechter in eerste aanleg weigerde de bij hem aanhangige procedure volledig te schorsen. Wél besloot hij zijn uitspraak over de exceptie van gerechtelijke verrekening aan te houden.

14. Basch stelde hoger beroep in tegen de beslissing om de procedure niet volledig te schorsen. Van mening dat de exceptie van betaling door buitengerechtelijke verrekening een relatie van aanhangigheid tussen beide geschillen kon doen ontstaan, vernietigde de appelrechter het vonnis in eerste aanleg.

15. Gantner stelde tegen deze beslissing cassatieberoep in bij het Oberste Gerichtshof.

III — De prejudiciële vragen

16. Het Oberste Gerichtshof is van oordeel dat de oplossing van het geschil in het hoofdgeding afhankelijk is van de uitlegging van artikel 21 van het Executieverdrag. Het heeft dan ook besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen voor te leggen:

„1) Strekt het begrip ‚vorderingen welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten' in de zin van artikel 21 van [het Executieverdrag] zich ook uit tot de exceptie van de verwerende partij dat zij een deel van het in rechte gevorderde bedrag door buitengerechtelijke verrekening heeft voldaan, wanneer met betrekking tot het deel van de tegenvordering dat naar wordt gesteld nog niet is voldaan, tussen dezelfde partijen een geding aanhangig is op grond van een reeds eerder in een andere lidstaat ingestelde rechtsvordering?

2) Zijn voor de beoordeling van de vraag of een vordering aanhangig is gemaakt ‚welke hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust', enkel de

14 — Om de twee door Basch vermelde verrekeningen te onderscheiden, zal ik de tweede verrekening hierna als de „gerechtelijke verrekening" aanduiden, aangezien de door het Oostenrijkse recht vereiste verklaring tijdens een gerechtelijke procedure is gedaan. Het betreft dus zeker niet een gerechtelijke verrekening zoals deze in andere nationale rechtsstelsels bestaat (zie hetgeen ik in punt 6 van de onderhavige conclusie heb verklaard).

stellingen van de verzoekende partij in de door de latere rechtsvordering ingeleide procedure bepalend, en behoeft bijgevolg geen rekening te worden gehouden met de verweren en vorderingen van de verwerende partij, in het bijzonder de exceptie van gerechtelijke verrekening betreffende een vordering die het onderwerp is van een geding tussen dezelfde partijen op grond van een reeds eerder in een andere lidstaat ingestelde rechtsvordering?

3) Houdt de beslissing op een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige opzegging van een duurovereenkomst tevens een voor een later geding tussen dezelfde partijen bindende beslissing over het bestaan van een dergelijke overeenkomst in?"

IV — Het voorwerp van de prejudiciële vragen

17. Gezien de complexiteit van de feiten van het geschil en de procedure in het hoofdgeding, lijkt het mij nuttig om de situatie kort samen te vatten. Basch stelt in wezen dat Gantners vordering was tenietgedaan door de twee verrekeningen met haar schadevorderingen. Weliswaar is de verklaring betreffende de eerste verrekening buiten een procedure gedaan en de tweede tijdens de Oostenrijkse procedure, maar dit verschil is voor het Oostenrijkse recht irrelevant [15]: indien aan de bij wet vastgestelde voorwaarden voor de verrekening is voldaan, zou Gantners vordering in beide gevallen zijn tenietgegaan op het tijdstip waarop deze voorwaarden waren vervuld. [16] De Oostenrijkse rechter zou dus moeten verklaren dat de vordering van Gantner op de dag van uitspraak van het vonnis niet bestaat.

18. Het probleem is een gevolg van het feit dat het gedeelte van de vordering tot schadevergoeding van Basch, ten aanzien waarvan de exceptie van gerechtelijke verrekening is opgeworpen, ook het voorwerp is van de vordering die Basch in Nederland heeft ingediend. Dit werpt twee problemen op. In de eerste plaats moet de Oostenrijkse rechter bij zijn onderzoek van de gegrondheid van de exceptie van gerechtelijke verrekening dezelfde vordering onderzoeken die voorwerp van het geschil in Nederland is. In de tweede plaats moet hij, bij zijn onderzoek van de gegrondheid van de andere exceptie van (niet-gerechtelijke) verrekening, nagaan of de dealerovereenkomst bestaat, hetgeen ook door de Nederlandse rechter zal worden onderzocht.

19. De verwijzende rechter vraagt zich af, of deze omstandigheden een aanhangigheid

15 — Zie punt 6 van onderhavige conclusie. Het Nederlands recht schijnt wat de verrekening betreft vergelijkbaar met het Oostenrijkse.

16 — Zie punt 7 van onderhavige conclusie.

in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag doen ontstaan. [17]

20. De eerste vraag is, in hoeverre een bij wege van exceptie ingeroepen verrekening kan leiden tot een situatie waarin sprake is van aanhangigheid. De verwijzende rechter lijkt van oordeel te zijn dat de exceptie van verrekening moet worden gelijkgesteld met een vordering, waardoor hij zich onbevoegd zou kunnen verklaren zoals hij met iedere andere — initiële of reconventionele — vordering zou doen (eerste prejudiciële vraag). Hij is van oordeel dat indien deze gelijkstelling niet mogelijk is (en hij zich niet alleen voor de exceptie onbevoegd kan verklaren), nog moet worden nagegaan of het feit dat hij de vordering van Basch moet onderzoeken, het voorwerp van het geschil uitbreidt. Hieruit zou volgen dat met de exceptie van verrekening rekening moet worden gehouden om te bepalen of de vordering waartegen zij is gericht, „hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust" als een andere vordering die bij een gerecht in een andere verdragsluitende staat is ingediend (tweede prejudiciële vraag).

21. Bij een bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag lijkt het me duidelijk dat de exceptie van gerechtelijke verrekening identiek is aan de in Nederland ingediende vordering. Zij betreffen immers beide het bestaan van het gedeelte van de vordering tot schadevergoeding van Basch dat buiten de gerechtelijke verrekening valt. Hieruit volgt dat de Oostenrijkse rechter zich voor deze exceptie onbevoegd zou moeten verklaren.

22. Indien het oordeel luidt dat deze gelijkstelling niet mogelijk is maar dat met de exceptie van verrekening rekening moet worden gehouden om de twee betrokken vorderingen te vergelijken (ontkennend antwoord op de eerste vraag en bevestigend antwoord op de tweede), moet naar mijn mening worden aanvaard dat zij „hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten", met als consequentie dat de exceptie van gerechtelijke verrekening en de vordering in Nederland identiek zijn. Dan zou de Oostenrijkse rechter zich voor de gehele procedure onbevoegd moeten verklaren.

17 — Naar mijn indruk rijst de in deze zaak opgeworpen vraag slechts voor de gerechten van de verdragsluitende staten die de verrekening bij eenzijdige verklaring kennen. In de staten die een onderscheid tussen „wettelijke verrekening" en „gerechtelijke verrekening" maken, lijkt alleen de wettelijke verrekening bij wijze van exceptie te kunnen worden ingeroepen, aangezien de gerechtelijke verrekening het voorwerp van een tegenvordering moet zijn. Gezien de in de wet gestelde vereisten voor wettelijke verrekening (de vorderingen moeten wederzijds, zeker, opeisbaar en liquide zijn), zal er geen wettelijke verrekening en geen exceptie van verrekening zijn, indien een van deze vorderingen het voorwerp van een eis is. Indien de verweerder zich op een niet zekere of niet liquide vordering wil beroepen, lijkt het mij dat hij een tegenvordering moet indienen. In dit geval is het evenwel duidelijk dat indien de vordering van de verweerder het voorwerp van een procedure in een andere verdragsluitende staat is, alleen bij de tegenvordering sprake is van aanhangigheid en dat de nationale rechter zich alleen voor die vordering onbevoegd moet verklaren. In de verdragsluitende staten die slechts de gerechtelijke verrekening kennen, kan de verrekening worden ingeroepen bij wege van exceptie of vordering, maar moet het middel in elk geval altijd door de nationale rechter worden toegelaten. De nationale rechter bij wie de exceptie van verrekening wordt aangevoerd, zal dunkt mij het middel niet toelaten indien de vordering van de verweerder het voorwerp is van een vordering die aanhangig is bij een ander gerecht. Voor het onderscheid ten aanzien van de verrekening tussen de verschillende rechtsfamilies: zie mijn conclusies in de zaken Danværn Production (arrest van 13 juli 1995, C-341/93, Jurispr. blz. I-2053, punt 31), en Commissie/CCRE (arrest van 10 juli 2003, C-87/01 P, punten 32 en 34, Jurispr. blz. I-7617).

23. Ten slotte moet nog worden onderzocht, of in het geval waarin een exceptie van verrekening moet worden gelijkgesteld met een vordering, de nationale rechter zich ook onbevoegd moet verklaren voor de exceptie van buitengerechtelijke verrekening. Dit is in wezen de derde prejudiciële vraag.

24. De verwijzende rechter verklaart dat deze „vordering" naar Oostenrijks recht niet als identiek wordt beschouwd aan de vordering die in Nederland is ingesteld, maar hiermee samenhangt [18] en dat er geen sprake is van aanhangigheid. Hij betwijfelt echter of deze nationale oplossing ook geldt in het kader van artikel 21 van het Executieverdrag. Hij wijst erop dat het Hof in zijn arrest van 8 december 1987, Gubisch Maschinenfabrik [19], heeft geoordeeld dat er van aanhangigheid sprake was in een situatie waarin de in een van de geschillen ten principale gestelde vraag slechts een prealabele vraag voor de oplossing van de andere was. In die zaak betroffen de twee vragen respectievelijk de nakoming van een internationale overeenkomst tot verkoop van goederen en de vaststelling van de nietigheid van deze overeenkomst. Het Hof oordeelde dat de bindendheid van de overeenkomst in beide gedingen centraal stond [20], en dat er een risico bestond dat deze beslissingen onverenigbaar zouden zijn indien over de twee vorderingen niet door dezelfde rechter zou worden beslist. [21]

25. De verwijzende rechter verklaart dat de onderhavige situatie niet geheel overeenkomt met die in het reeds aangehaalde arrest Gubisch Maschinenfabrik. In die zaak betroffen de twee rechtsvorderingen de geldigheid van de overeenkomst, terwijl hier de vraag of het bestaan van de dealerovereenkomst in de twee gedingen slechts een prealabele vraag is. De verwijzende rechter wil dus weten of het Hof het begrip „hetzelfde onderwerp en dezelfde oorzaak" nog verder wenst uit te breiden, zodat er ook van aanhangigheid sprake is in een situatie zoals de onderhavige.

26. Aldus moet naar mijn mening de derde door het Oberste Gerichtshof aan het Hof voorgelegde vraag worden opgevat. Met deze vraag wenst de verwijzende rechter weliswaar te vernemen of het oordeel van de Nederlandse rechter over het bestaan van de overeenkomst bindend is voor de Oostenrijkse rechter, maar de verwijzende rechter wil dunkt mij alleen vaststellen of er sprake is van aanhangigheid tussen de exceptie van buitengerechtelijke verrekening en de in Nederland aanhangige vordering. [22]

18 — Hij verklaart dat in het nationale recht het antwoord van een rechter op een prealabele vraag (zoals in casu het bestaan van de dealerovereenkomst) niet bindend is voor een rechter bij wie later een andere vordering wordt ingediend die dezelfde, eveneens prealabele, vraag opwerpt, met als consequentie dat indien beide procedures op het zelfde moment aanhangig zijn, er geen sprake is van aanhangigheid.

19 — (144/86, Jurispr. blz. 4871, punten 16-18). In dit arrest heeft het Hof voor een ruime definitie van dit begrip gekozen: het oordeelde dat twee vorderingen die respectievelijk betrekking hadden op de nakoming van een internationale verkoopovereenkomst en de vaststelling van de nietigheid ervan, hetzelfde onderwerp betroffen in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag.

20 — Punt 17.

21 — Punt 18.

22 — Deze uitlegging van de prejudiciële vraag wordt bevestigd door de motivering van de verwijzingsbeschikking, waarin slechts de kwestie van de aanhangigheid ter sprake wordt gebracht. Bovendien is aan de verwijzende rechter slechts de vraag voorgelegd of er van aanhangigheid sprake is tussen de in Oostenrijk en de in Nederland ingestelde vordering. Al zijn vragen dienen hem dus in staat te stellen, uitspraak te doen over deze vraag.

27. Naar mijn mening kunnen de prejudiciële vragen dus als volgt worden gelezen:

1) Strekt het begrip „vorderingen welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten" in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag zich ook uit tot een exceptie van verrekening?

2) Zijn voor de beoordeling van de vraag of vorderingen „welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten" aanhangig zijn gemaakt, enkel de stellingen van de verzoekende partij bepalend, en behoeft bijgevolg geen rekening te worden gehouden met de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van verrekening?

3) Houdt de beslissing op een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige opzegging van een duurovereenkomst tevens een voor een later geding tussen dezelfde partijen bindende beslissing over het bestaan van een dergelijke overeenkomst in?

V — Het antwoord op de prejudiciële vragen

A — *De eerste vraag*

28. De verwijzende rechter wil weten of het begrip „vorderingen welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten" in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag zich uitstrekt tot een door Basch opgeworpen exceptie van verrekening. Met deze vraag wenst hij te vernemen of een exceptie van verrekening kan worden gelijkgesteld met een vordering, zodat de geadieerde rechter zich na een dergelijke exceptie betreffende een vordering die het voorwerp van een ander geschil is, voor deze exceptie onbevoegd moet verklaren zoals hij zich onbevoegd zou moeten verklaren voor een vordering.

29. Naar mijn oordeel moet deze vraag ontkennend worden beantwoord.

30. Het probleem is aan de orde gesteld in de zaak Meeth.[23] In die zaak verzocht het Bundesgerichtshof (Duitsland) het Hof om een uitlegging van artikel 17, eerste alinea, van het Executieverdrag.[24] Het ging om de

23 — Arrest van 9 november 1978 (23/78, Jurispr. blz. 2133).

24 — Deze bepaling luidt: „Wanneer de partijen, van wie er ten minste één woonplaats heeft op het grondgebied van een verdragsluitende staat, een gerecht of de gerechten van een verdragsluitende staat hebben aangewezen voor de kennisneming van geschillen welke naar aanleiding van een bepaalde rechtsbetrekking zijn ontstaan of zullen ontstaan, is dit gerecht of zijn de gerechten van die staat bij uitsluiting bevoegd [...]".

vraag of de Duitse rechter die door de partijen door middel van een forumkeuzebeding als enige bevoegde rechter was aangewezen voor vorderingen van de ene partij op de andere, bevoegd was om kennis te nemen van een door de verweerder opgeworpen exceptie van verrekening. Door het forumkeuzebeding was het voor de verweerder onmogelijk om de verrekening bij wege van reconventionele vordering in te roepen. De verwijzende rechter vroeg of een dergelijk beding ook de mogelijkheid kon uitsluiten om deze verrekening bij wege van eenvoudige exceptie in te roepen. Het Hof lijkt te hebben overwogen dat de rechter de verrekening in aanmerking moet nemen, behalve indien de partijen deze mogelijkheid hebben uitgesloten.[25] Advocaat-generaal Capotorti was in zijn conclusie in deze zaak verder gegaan en overwoog – na duidelijk het verschil tussen een exceptie van verrekening en een reconventionele vordering te hebben uiteengezet – dat de partijen de exceptie van verrekening niet konden uitsluiten van de bevoegdheid van de rechter bij wie de vordering was ingesteld. Hij overwoog het volgende: „Zou men de exceptie willen zien voorgelegd aan een andere rechter dan die welke van de vordering heeft kennis te nemen, dan zou de eenheid der procedure worden verbroken en het recht op verweer worden miskend".[26]

31. In het reeds aangehaalde arrest Danværn Production[27] heeft het Hof duidelijk geoordeeld dat een exceptie van verrekening geen reconventionele vordering is. In die zaak stelde het Vestre Landsret (Denemarken) het Hof de vraag of de term „tegeneis" van artikel 6, punt 3, van het Executieverdrag[28] aldus moet worden uitgelegd dat deze ziet op tegeneisen strekkende tot verrekening.[29] Het Hof was van oordeel dat de term „tegeneis" moet worden voorbehouden voor situaties waarin de verweerder een afzonderlijke veroordeling van de verzoeker vordert. Indien de verweerder louter als verweer een schuldvordering inroept die hij op de verzoeker stelt te hebben, is er geen sprake van een tegeneis.[30]

32. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dus, dat een exceptie van verrekening moet worden onderscheiden van een reconventionele vordering. Weliswaar hadden de reeds aangehaalde arresten Danværn Production en Meeth geen betrekking op artikel 21 maar op andere artikelen van het Executieverdrag, doch naar mijn mening moet deze oplossing worden toegepast bij de beoordeling van de aanhangigheid.

25 — Arrest Meeth, reeds aangehaald (punt 8).

26 — Punt 4.

27 — Punt 18.

28 — Deze bepaling luidt: „Deze verweerder kan ook worden opgeroepen [...] ten aanzien van een tegeneis die voortspruit uit de overeenkomst of uit het rechtsfeit waarop de oorspronkelijke eis is gegrond: voor het gerecht waar deze laatste aanhangig is".

29 — Punt 10. Het probleem is ontstaan doordat de term „tegeneis" zowel wordt gebruikt voor de middelen tot verwerping van de aanspraken van de verzoekers als voor de middelen die zien op de veroordeling van verzoeker overeenkomstig de tegeneis. Het Deense recht kent dus niet het terminologische onderscheid tussen „exceptie" en „tegeneis" dat in de andere rechtsstelsels bestaat (zie punt 17 van genoemd arrest, punt 18 van mijn conclusie in genoemde zaak en de conclusie van advocaat-generaal Capotorti in de zaak Meeth, reeds aangehaald, punt 3).

30 — Punt 18 van het arrest.

33. Voor de toepassing van alle bepalingen van het Executieverdrag moet het begrip exceptie van verrekening namelijk op dezelfde wijze worden gekwalificeerd, te meer omdat deze bepalingen in hetzelfde geschil van toepassing kunnen zijn. In het onderhavige geval volgt bijvoorbeeld uit het reeds aangehaalde arrest Danværn Production, dat artikel 6, punt 3, van het Executieverdrag niet van toepassing is omdat de verrekening bij wege van exceptie en niet als reconventionele vordering is ingeroepen. De Oostenrijkse rechter kan zich dus niet op grond van deze bepaling onbevoegd verklaren voor de exceptie van verrekening. In deze omstandigheden zou de opvatting dat hij zich niettemin onbevoegd zou moeten verklaren op grond van artikel 21, omdat de exceptie moet worden gelijkgesteld met een vordering, een tegenspraak opleveren; uiteindelijk zou de exceptie in dezelfde procedure op verschillende manieren worden uitgelegd.

34. Naar mijn mening is de exceptie van verrekening voor de toepassing van artikel 21 van het Executieverdrag dus niet als een vordering te beschouwen.

35. Ik geef het Hof dan ook in overweging, te antwoorden dat het begrip „vorderingen welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten" in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag zich niet uitstrekt tot een exceptie van verrekening.

B — *De tweede vraag*

36. De verwijzende rechter wenst in wezen te vernemen of met een exceptie van verrekening rekening moet worden gehouden om te bepalen of de vordering waartegen deze is opgeworpen, „hetzelfde onderwerp" betreft en „op dezelfde oorzaak" berust in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag als een andere vordering die bij een rechter in een andere verdragsluitende staat is ingediend.

37. Ter inleiding merk ik op dat de in Nederland en in Oostenrijk ingediende vorderingen, het vraagstuk van de verrekening even daargelaten, niet identiek zijn in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag.

38. Voor het bestaan van een situatie van aanhangigheid in het gemeenschapsrecht is volgens artikel 21 van het Executieverdrag vereist dat beide vorderingen identiek zijn in drie opzichten: de partijen, het onderwerp en de oorzaak. Indien zij in een van deze drie opzichten niet identiek zijn, is er geen sprake van aanhangigheid.

39. In de onderhavige zaak lijkt het mij duidelijk dat de twee vorderingen niet dezelfde oorzaak hebben. De oorzaak in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag omvat naar het oordeel van het

Hof „de feiten en de rechtsregel die tot staving van de vordering worden aangevoerd". [31] Noch de feiten, noch de rechtsregel die in de twee vorderingen zijn aangevoerd, zijn identiek.

40. Zo kunnen de feiten die aan de door Basch in Nederland ingestelde vordering ten grondslag liggen, als volgt worden samengevat: 1) tussen beide partijen bestond al meer dan veertig jaar een dealerovereenkomst, en 2) Gantner heeft deze overeenkomst opgezegd zonder de termijn in acht te nemen welke de duur ervan vergde. Daarentegen is de door Gantner in Oostenrijk ingediende vordering op de volgende feiten gebaseerd: 1) Gantner heeft goederen aan Basch geleverd en gefactureerd, en 2) Basch heeft de prijs van de goederen niet voldaan.

41. Wat de rechtsregel betreft, is de in Nederland ingestelde vordering gebaseerd op de gestelde dealerovereenkomst, terwijl de vordering in Oostenrijk is gebaseerd op de verkoop van de producten. [32]

42. De vraag is, of het feit dat er een exceptie van verrekening is opgeworpen, deze analyse kan wijzigen.

43. Het Hof heeft al eens vastgesteld dat het begrip aanhangigheid in het recht van de verdragsluitende staten niet overal dezelfde inhoud heeft en dat men niet tot een gemeenschappelijk begrip aanhangigheid kan komen door de verschillende nationale bepalingen naast elkaar te leggen. [33] Het Hof heeft dan ook geoordeeld dat de begrippen in artikel 21 van het Executieverdrag als autonome begrippen moeten worden opgevat. [34] Ik zal de gestelde vraag dus proberen te beantwoorden op basis van de tekst, de systematiek en de doelstellingen van artikel 21 van het Executieverdrag.

44. In de eerste plaats bepaalt de tekst van artikel 21 van het Executieverdrag dat er sprake is van aanhangigheid wanneer „voor gerechten van verschillende verdragsluitende staten tussen dezelfde partijen *vorderingen aanhangig zijn*, welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten" [35].

45. Twee elementen lijken mij essentieel. In eerste plaats is de verwijzing naar de term „vorderingen" van belang, aangezien in bepaalde nationale rechtsstelsels wordt bepaald dat er sprake is van aanhangigheid

31 — Arrest van 6 december 1994, Tatry (C-406/92, Jurispr. blz. I-5439, punt 39).

32 — De rechtsbasis van Gantners vordering in Oostenrijk blijkt niet duidelijk uit de verwijzingsbeschikking. De partijen hebben ter terechtzitting echter verklaard dat deze vordering niet is gebaseerd op de dealerovereenkomst (waarvan het bestaan door Gantner wordt ontkend), maar op de aankoop of de levering van de goederen.

33 — Arrest Gubisch Maschinenfabrik, reeds aangehaald (punten 10 en 11), en arrest van 7 juni 1984, Zelger (129/83, Jurispr. blz. 2397, punt 13).

34 — Arrest Gubisch Maschinenfabrik, reeds aangehaald (punt 11).

35 — Cursivering van mij.

wanneer twee „geschillen" identiek zijn.[36] De vordering wordt gedefinieerd als „handeling waarmee een eis in rechte wordt ingesteld".[37] Ook in de andere taalversies van het Executieverdrag wordt verwezen naar deze handeling die het geding inleidt. Zo gebruikt het Executieverdrag de termen „klagen" in het Duits, „demanda" in het Spaans, „domande" in het Italiaans, „vorderingen aanhangig zijn" in het Nederlands, „acções" in het Portugees, „kanteita" in het Fins, „talan" in het Zweeds en „proceedings are brought in the courts" in het Engels.

46. Anderzijds is er op grond van artikel 21 van het Executieverdrag automatisch sprake van aanhangigheid, indien er twee identieke vorderingen aanhangig zijn. Het Hof heeft geoordeeld dat het moment waarop een vordering wordt ingediend, wordt bepaald door het nationale procesrecht van de rechter bij wie de zaak is aangebracht.[38] Weliswaar voorzien de nationale rechtsstelsels van de verdragsluitende staten in uiteenlopende formaliteiten om vast te stellen of de vordering aanhangig is (betekening aan de verweerder, datum van inschrijving van de zaken op de rol van het gerecht)[39], maar deze formaliteiten gaan altijd vooraf aan de indiening van het verweerschrift. Hieruit volgt dat de vordering aanhangig is in de zin van artikel 21 van het Executieverdrag voordat de verweermiddelen worden ingediend. De situatie wordt aldus gefixeerd (in positieve of negatieve zin) en de verweermiddelen, welke dit ook zijn, kunnen die niet wijzigen.[40]

47. Naar mijn mening is evenwel vooral de systematiek van artikel 21 van het Executieverdrag van belang. Op grond van deze bepaling is de rechter bij wie een vordering is aangebracht die identiek is met die welke eerder bij een gerecht van een andere verdragsluitende staat is aangebracht, verplicht om zich ten gunste van dit gerecht onbevoegd te verklaren zodra diens bevoegdheid vaststaat. Hier is dus sprake van een *verplichting tot onbevoegdverklaring*.[41]

48. Daarom moet worden nagegaan wat de consequenties van een dergelijke onbevoegdverklaring zijn, indien alleen de in de tweede procedure opgeworpen exceptie van verrekening identiek is met de vordering die als eerste is ingediend. Aldus zou in de onderhavige zaak de Oostenrijkse rechter, indien hij rekening houdt met de exceptie van verrekening, verplicht zijn om zich onbevoegd te verklaren, terwijl de in Nederland ingediende vordering, zoals ik reeds heb vastgesteld[42], niet iden-

36 — Zo bepaalt artikel 100 van de nieuwe Franse code de procédure civile, dat indien hetzelfde geschil aanhangig is bij twee gerechten van hetzelfde niveau die ook bevoegd zijn om hiervan kennis te nemen, het gerecht waarbij de zaak het laatst aanhangig is gemaakt, zich onbevoegd moet verklaren ten gunste van het andere, indien een van de partijen hierom verzoekt (...).Voor het Spaanse recht zie De la Oliva Santos, A, en Fernández López, M. A., *Derecho procesal civil*, 1993 (blz. 65 en 66).

37 — Zie *Petit Larousse*.

38 — Arrest Zelger, reeds aangehaald (punten 14-16).

39 — Zie conclusie van advocaat-generaal Mancini in de zaak Zelger, reeds aangehaald (punt 4).

40 — Bovendien vereist het Franse recht bijvoorbeeld dat de exceptie van litispendentie vóór alle weren ten principale of iedere exceptie van niet-ontvankelijkheid wordt opgeworpen (artikel 74, eerste alinea, van de nieuwe Franse code de procédure civile). Zie Cadiet, L., *Droit judiciare privé*, Litec, Parijs, 1998 (punt 628). In het Spaanse recht vereist de nieuwe wet inzake het burgerlijk procesrecht eveneens dat de litispendentie voor de indiening van het verweerschrift wordt aangevoerd (zie Ley 1/2000 de Enjuiciamento Civil van 7 januari 2000, artikel 39).

41 — Daarentegen voorziet artikel 22 van het Executieverdrag in de mogelijkheid voor de rechter bij wie de zaak het laatste is aangebracht, om zijn uitspraak aan te houden indien hij van oordeel is dat de bij hem ingediende vordering samenhangt met een andere vordering die bij een buitenlands gerecht is aangebracht.

42 — Zie punten 37 en 38 van onderhavige conclusie.

tiek is met die van Gantner. De Oostenrijkse procedure zou worden beëindigd en geen enkele rechter zal uitspraak doen over het bestaan van Gantners schuldvordering. Deze oplossing zou dus tot een echte rechtsweigering leiden. [43]

49. Bovendien wordt de verrekening, zoals de Oostenrijkse regering heeft opgemerkt [44], in het algemeen slechts subsidiair opgeworpen, met andere woorden, de verweerder maakt zijn schuldvordering slechts geldend voor het geval het bestaan van de schuldvordering van de verzoeker wordt bevestigd. Indien de rechter oordeelt dat de door de verzoeker geldend gemaakte vordering nooit heeft bestaan of dat deze reeds door andere oorzaken is tenietgegaan, zal hij de ter verrekening ingeroepen vordering niet onderzoeken. De aanhangigheid die uit de exceptie van verrekening zou kunnen voortvloeien, zou aldus in ieder geval slechts „subsidiair" zijn. In deze context lijkt de onbevoegdverklaring ook nog ongeschikt, omdat de verzoeker zo geen beslissing over zijn vordering zou krijgen terwijl het op het moment waarop tot onbevoegdverklaring wordt beslist, zelfs niet zeker is dat de rechter de vordering van de verweerder zal onderzoeken.

50. Tot slot lijkt deze oplossing mij niet in strijd met de doelstellingen van artikel 21 van het Executieverdrag. Deze bepaling beoogt te voorkomen dat met betrekking tot dezelfde vordering parallelle procedures worden gevoerd bij gerechten van verschillende verdragsluitende staten, met de onverenigbare beslissingen die hiervan het gevolg kunnen zijn. [45]

51. Indien het procesrecht van de rechter voor wie de exceptie is opgeworpen, kracht van gewijsde verleent aan de beoordeling van de vordering van de verweerder, kan een risico van onverenigbare beslissingen en een weigering van erkenning te duchten zijn. Het Executieverdrag biedt echter een ander middel, naast de aanhangigheid, om deze tegenstrijdigheid te vermijden. Artikel 22, derde alinea, van het Executieverdrag biedt de nationale rechter namelijk de mogelijkheid om de uitspraak aan te houden wanneer de twee vorderingen, zonder identiek te zijn, samenhangend zijn in de zin dat er „een zodanig nauwe band bestaat dat een goede rechtsbedeling vraagt om hun gelijktijdige behandeling en berechting, teneinde te vermijden dat bij afzonderlijke berechting van de zaken onverenigbare uitspraken worden gegeven".

52. Indien de nationale rechter bij wie de zaak het laatst is aangebracht, van oordeel is dat de door hem te geven uitspraak onverenigbaar kan zijn met die welke in een andere verdragsluitende staat zal worden gegeven, kan hij dus zijn uitspraak op grond van artikel 22 van het Executieverdrag aanhouden. Met deze oplossing kan de coherentie van het begrip „aanhangig-

43 — Het rapport Jenard wijst bij de bespreking van artikel 22 van het Executieverdrag op het belang van het vermijden van negatieve competentieconflicten.

44 — Zie haar schriftelijke opmerkingen (blz. 1 en 5).

45 — Arrest Gubisk Maschinenfabrik, reeds aangehaald, (punt 8).

heid" behouden blijven en kunnen de rechten van de tweede verzoeker worden geëerbiedigd, terwijl onverenigbare uitspraken worden voorkomen.

53. Bovendien lijken sommige nationale rechtsstelsels die, zoals het Oostenrijkse recht, de verrekening bij eenzijdige verklaring kennen, de rechter toe te staan om de procedure te schorsen voorzover die de exceptie van verrekening betreft (hetgeen in de procedure in het hoofdgeding is gedaan) en zelfs, in bepaalde omstandigheden, zijn oordeel over de vordering van de verzoeker te geven onder voorbehoud van de beslissing over de verrekening.[46] Zelfs een gedwongen tenuitvoerlegging van deze „voorlopige" beslissing is mogelijk. De betrokken rechters kunnen dus deze mogelijkheid gebruiken en hun uitspraak krachtens artikel 22 van het Executieverdrag aanhouden wegens samenhang, louter op grond van een door de verweerder opgeworpen exceptie van verrekening. De procedure betreffende de vordering zou aldus haar normale loop kunnen voortzetten.

54. Gezien het bovenstaande, geef ik het Hof dan ook in overweging te antwoorden dat voor de beoordeling van de vraag of vorderingen „welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten" aanhangig zijn gemaakt, enkel de stellingen van de verzoekende partij bepalend zijn en dat bijgevolg geen rekening behoeft te worden gehouden met de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van verrekening.

C — *De derde vraag*

55. De nationale rechter vraagt of in een geschil betreffende een vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige opzegging van een dealerovereenkomst de beoordeling betreffende het bestaan zelf van een dergelijke overeenkomst ook bindend is voor een later geding betreffende een andere, doch op de onrechtmatige opzegging van dezelfde overeenkomst gebaseerde vordering.

56. Zoals ik reeds heb opgemerkt[47], wenst de nationale rechter met deze vraag te vernemen of er sprake is van aanhangigheid tussen de buitengerechtelijke exceptie van verrekening en de in Nederland ingediende vordering. Ik heb opgemerkt dat deze vraag voor de oplossing van het geschil in het hoofdgeding alleen van belang is indien ervan wordt uitgegaan dat een exceptie van verrekening moet worden gelijkgesteld met een vordering waarvoor de rechter zich onbevoegd kan verklaren. Aangezien deze gelijkstelling naar mijn mening niet mogelijk is en de rechter zich met betrekking tot een exceptie van verrekening niet onbevoegd kan verklaren, behoeft deze vraag niet te worden beantwoord.

46 — Zie met name §§ 145, lid 3, en 302, van de Duitse Zivilprocessordnung, alsmede § 391, lid 1, van de Oostenrijkse Zivilprocessordnung.

47 — Punten 23-26 van onderhavige conclusie.

VI — Conclusie

57. Gezien het voorgaande, geef ik het Hof in overweging, de vragen van het Oberste Gerichtshof te beantwoorden als volgt:

„1) Het begrip ‚vorderingen welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten' in de zin van artikel 21 van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken strekt zich niet uit tot een exceptie van verrekening.

2) Om te beoordelen of vorderingen ‚welke hetzelfde onderwerp betreffen en op dezelfde oorzaak berusten' aanhangig zijn gemaakt, zijn enkel de stellingen van de verzoekende partij bepalend, en behoeft bijgevolg geen rekening te worden gehouden met de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van verrekening."