for afsagt i en konkurssag eller lignende sag i den betydning, der er forudsat i artikel 1, stk. 2, i konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager.

Kutscher Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Donner Pescatore

Sørensen O'Keeffe Bosco Touffait

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. februar 1979.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 7. FEBRUAR 1979 [1]

Høje Ret.

I marts 1974 blev det franske anparts-selskab »Fromme France Manutention«, Paris, taget under konkurs, efter at dets tyske moderselskab var gået konkurs. Som kurator antoges advokat Gourdain, rekvirent og appellant i den nationale sag, der ligger til grund for nærværende anmodning om præjudiciel afgørelse. Da det franske selskabs aktiver ikke var tilstrækkelige til at dække passiverne, anlagde kurator i juni 1974 sag mod rekvisitus og indstævnte i hovedsagen, der havde været direktør for det tyske moderselskab og — åbenbart siden 1971 — også direktør for det franske selskab, og denne blev som de factoleder af det franske selskab inddraget i dettes konkurs. Dette skete i medfør af den franske lov nr. 67-563 af 13. juli 1967

1 — Oversat fra tysk.

»sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personelle et les banque-routes«. Nævnte lovs artikel 99 bestemmer:

»Konstateres det under en akkord eller en konkursbehandling af en juridisk person, at aktiverne er utilstrækkelige, kan retten efter anmodning fra kurator eller på embeds vegne bestemme, at selskabets gæld helt eller delvist, solidarisk eller ikke-solidarisk, bæres af alle lovmæssige eller faktiske, udadtil optrædende eller skjulte, lønnede eller ikkelønnede ledere af selskabet eller af en eller flere af disse.

Dette krav forældes efter tre år, regnet fra den endelige opgørelse af fordringerne. Åbnes akkord afbrydes fristen, der igen begynder at løbe, hvis akkorden ophæves. Regnet fra sidstnævnte tidspunkt råder kurator dog over en ny frist til at anlægge sag, der ikke kan være mindre end ét år.

De nævnte ledere anses for at være ansvarlige, medmindre de godtgør, at de under deres ledelse af selskabet har udvist den fornødne indsats og omhu.«

Tribunal de Commerce de Paris afsagde dom efter kurators påstand. Denne dom blev dog delvis ændret i marts 1976 af Cour d'appel de Paris. Efter sidstnævnte dom er rekvisitus forpligtet til at erlægge 743 563,15 FF såvel som omkostningerne ved appelsagen, bortset fra advokatomkostninger, af et beløb på 859 575,39 FF for fordringer, der ikke kunne dækkes af boets aktiver. Herudover stadfæstede Cour d'appel dommen fra Tribunal de Commerce i det omfang, den i medfør af artikel 108 i førnævnte lov nr. 67-563 frakendte rekvisitus retten til at drive, lede, forvalte eller kontrollere et handelsselskab.

Med henblik på i Forbundsrepublikken Tyskland at få fuldbyrdet — i hvert fald hvad angår pengekravet — denne dom, som der i øvrigt er indgivet kassationsanke imod, ansøgte kurator i medfør af artikel 31 i konventionen om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager, (»kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen«) om, at dommen måtte blive forsynet med fuldbyrdelsespåtegning. Denne anmodning imødekom vedkommende retsinstans, præsidenten ved første civile afdeling ved Landgericht Limburg/Lahn i april 1977, idet han dog bestemte, at tvangsfuldbyrdelsen ikke måtte indebære andet end foranstaltninger til sikring af kravet indtil det tidspunkt, hvor kreditor kunne fremlægge bevis for, at tvangsfuldbyrdelsen kunne finde sted i fuldt omfang, og debitor kunne, så længe tvangsfuldbyrdelsen ikke

angik andet end foranstaltninger til sikring af kravet, afvende fuldbyrdelsen ved at stille en sikkerhed på 743 563,15 FF.

Rekvisitus indankede denne afgørelse til Oberlandesgericht Frankfurt, der ved kendelse af 7. september 1977 annullerede afgørelsen og afviste at meddele fuldbyrdelsespåtegning med den begrundelse, at domfældelsen over den faktiske leder af et selskab, som nu var gået konkurs, i medfør af den nævnte franske lov skyldtes selskabets konkurs, og som sådan måtte anses for afsagt i en konkurssag. Derfor var en sådan sag ikke omfattet af kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen, hvis artikel 1 bestemmer følgende:

»Denne konvention finder anvendelse på borgerlige sager, herunder handelssager, uanset domsmyndighedens art.

Den finder ikke anvendelse på:

1. ...

2. Konkurs, akkord og andre lignende ordninger;

...«.

Rekvirenten i hovedsagen mener, at ovennævnte kvalifikation er forkert. Efter hans opfattelse er det afgørende, at artikel 99 i den franske lov omhandler et særligt *civilretligt* erstatningssøgsmål, der skal føres af kurator i en *civilsag*. Kurator har derfor appelleret til Bundesgerichtshof.

Bundesgerichtshof mente, at fortolkningen af den nævnte artikel 1 i kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen ikke var ganske entydig, hvorfor den i medfør af artikel 3 i protokollen om konventionens fortolkning udsatte sagen og forelagde Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

Skal en dom, afsagt af en fransk civilret over den faktiske leder af en juridisk person i henhold til artikel 99 i den franske lov nr. 67-563 af 13. juli 1967, hvorefter denne skal betale et beløb til konkursmassen, anses for afsagt i en konkurssag eller lignende sag (konventionens art. 1, stk. 2, nr. 2), eller skal en sådan dom anses for afsagt i en borgerlig sag, herunder en handelssag (konventionens art. 1, stk. 1)?

Til dette spørgsmål har jeg følgende opfattelse:

1. Rekvisitus har sat spørgsmålstegn ved spørgsmålets formulering. Således som det er udformet, vil Domstolen, hvilket den ikke er berettiget til, komme til at opstille en kvalifikation af processmåden efter artikel 99 i den franske lov nr. 67-563, altså en subsumption under begreberne i kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen. Dette er imidlertid en konkret retsanvendelse, som Domstolen ikke må foretage i den præjudicielle procedure, og spørgsmålet vedrører oven i købet fortolkning af national ret, nemlig den anførte franske lov.

Dette synspunkt er korrekt, og det må konstateres, at det alene er Domstolens opgave — og således må spørgsmålet opfattes — at give en generel fortolkning af fællesskabsretten og efter omstændighederne herved definere de kriterier, der må tillægges betydning i artikel 1, stk. 2, nr. 2, i kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen. På den anden side er det også

indlysende, at dette skal ske med henblik på problemerne i hovedsagen, og at man herved også kan tage hensyn til særegenhederne i den omhandlede nationale lov, for så vidt de er omstridte.

2. Herved kan man for det første uden vanskeligheder konstatere følgende. Når det i artikel 1, stk. 2, nr. 2 i kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen bestemmes, at den ikke finder anvendelse på konkurs, akkord og andre lignende ordninger, så indebærer dette givet ikke en henvisning til kvalifikationerne i den nationale ret, eksempelvis domsstatens eller fuldbyrdelsesstatens ret. Der er tværtimod tale om et fællesskabsretligt begreb, der må fortolkes selvstændigt ud fra konventionens målsætning og opbygning såvel som ud fra de almindelige retsgrundsætninger, der på dette område gælder i medlemsstaterne. Dette er efter min og efter alle procesparters opfattelse blevet afklaret efter det til begreberne »borgerlige sager, herunder handelssager« i konventionens artikel 1 anførte i Domstolens dom i sag 29/76 (LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG mod Eurocontrol, dom af 14. 10. 1976, Sml. 1976, s. 1541). Når dette gælder konventionens kernebegreb, der udpeger dens anvendelsesområde, så kan der logisk set heller ikke gælde noget andet for begreber, der udpeger undtagelser fra konventionens anvendelsesområde. Af hensyn til en ensartet anvendelse af konventionen må ogsa disse begreber fortolkes ensartet. En mondsat antagelse ville være i strid med den klare vilje, som de kontraherende parter bragte til udtryk ved udarbejdelsen af kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen, og hvorefter denne konventions anvendelsesområde uden lakuner skal føje sig ind i den konvention om konkurs, der for tiden er under udarbejdelse (jf. Schlosser, Konkurs und konkursähnliche Verfahren im geltenden Europarecht, i Festschrift für Friedrich Weber, 1975, s. 396).

3. Inden jeg kommer ind på fortolkningen af begrebet »konkurs, akkord og andre lignende ordninger«, vil jeg dog gerne først sammenfatte, hvad der under sagens behandling er blevet anført til belysning og karakteristik af det i artikel 99 i den franske lov nr. 67-563 omhandlede ansvar for ledere af juridiske personer, en ansvarsform der åbenbart ikke findes mage til i andre medlemsstaters retsordener.

Så vidt ses var det også oprindeligt i Frankrig således, at spørgsmålet om ansvar for ledere af juridiske personer — som vel i alle medlemsstaters retsordener — kun var omhandlet i selskabets vedtægter. Således hæftede direktører i et aktieselskab — noget lignende gjaldt for anpartsselskaber — efter almindelige retsgrundsætninger, dvs. de var ansvarlige for fejl og undladelser ved ledelsen efter det princip, der efter Code civil gjaldt for ansvaret for betalte mandaterer.

I 1940 indførtes der så for aktieselskaber den nyskabelse, der fra 1953 også kom til at gælde for anpartsselskaber: Blev det under konkursbehandling af en juridisk person fastslået, at boet var insolvent,

kunne det pålægges lederne af juridiske personer at afholde forskellen mellem aktiver og passiver. Også her drejede det sig egentligt, blev det under sagens behandling anført, om et ansvar for fejl og undladelser. Nyskabelsen indeholdt i det væsentligste en omvendt bevisbyrde, dvs. vedkommende leder blev kun fri for ansvar, såfremt han godtgjorde, at han havde udvist den omhu og indsats, der må forlanges af en betalt mandatar. Endvidere var ansvaret ikke knyttet til konstateringen af, at der forelå et tab, og efter retspraksis gjaldt ansvarsreglen også for de faktiske ledere af juridiske personer. På denne måde kunne retterne efter et frit skøn afgøre, hvem der måtte betragtes som leder af en juridisk person, og hvem eller hvilke af disse, der skulle hæfte.

Lov nr. 67-563 tog et skridt videre. Som det fremgår af en af rekvisitus fremlagt udtalelse fra en juridisk sagkyndig, forstærkedes de konkursretlige træk i den særlige ansvarsregel, som lederne af juridiske personer er underkastet. Efter den nye lov er der nu ikke længere nogen henvisning til almindelige obligationsretlige principper, og dette gælder i samme omfang for retlige og faktiske ledere. Tværtimod henvises der til den indsats og omhu, som en betalt mandatar skal udøve. I overensstemmelse hermed er det ikke længere tilstrækkeligt — og herved er der snarere tale om en formodning for ansvar end om en formodning for culpa — at det påvises, at der ikke har været fejl ved ledelsen af firmaet. Lederen af en juridisk person må tværtimod godtgøre, at han har udvist enhver anstrengelse for at varetage firmaets interesser. Herudover må det erindres — hvilket allerede følger af formuleringen af den tidligere citerede artikel 99 i den franske lov — at lederen af en juridisk person ikke blot på begæring af kurator, men også af den behandlende ret ex officio kan drages til ansvar. Endvidere synes det at være vigtigt, at kravet forældes efter tre år, regnet fra fordringernes endelige opgørelse, og at retten, såfremt fordringerne ikke berigtiges »kan åbne akkord eller konkurs over den formue, der tilhører de ledende personer, som helt eller delvist har været betroet selskabets forretninger« (artikel 100), og at retten »kan erklære debitor eller — hvor der er tale om en i handelsretlig henseende juridisk person — de personer, som lovmæssigt eller faktisk, åbent eller skjult, mod eller uden verderlag har ledet den juridiske person, personligt konkurs (faillite personnelle) eller kan forbyde vedkommende at lede et handelsforetagende eller dog en juridisk person, føre dets forretninger, forvalte det eller kontrollere det« (artikel 108).

4. Endvidere ønsker jeg at forudskikke visse bemærkninger vedrørende fortolkningsmetoden.

a) Som bekendt har Kommissionen under henvisning til Jenard-rapporten til kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen understreget nødvendigheden af, at de regler, der afgrænser konventionens anvendelsesområde, fortolkes vidt, fordi det drejer sig om en generel konvention, og omvendt at undtagelser skal fortolkes snævert for at sikre konventionens virksomhed.

Uden at dette synspunkt i øvrigt principielt skal begrænses, må det dog anføres, at det i hvert fald er tvivlsomt, om den også kan finde anvendelse på et område, hvor der — som for konkursens vedkommende — også er en konvention på vej,

om hvilken det oven i købet må antages, at den vil blive færdiggjort i nærmeste fremtid, selv om den ikke, som oprindeligt planlagt, kunne træde i kraft samtidigt med kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen. Hvis jeg ser ret, vedrører det punkt i Jenard-rapporten, som Kommissionen har henvist til, dog en anden sammenhæng, og på nærværende område må der faktisk regnes med, at der om føje tid vil foreligge en ensartet og gyldig regulering på fællesskabsplan på samme måde, som det forholder sig med kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen. På den anden side må det ikke overses, at en udvidende fortolkning af kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen rummer den fare, at arbejdet med afslutningen af konkurskonventionen præjudiceres.

Under alle omstændigheder må der til kravet om en vid fortolkning af kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen anføres, at en given afgrænsning af konventionens anvendelsesområde ikke på denne måde kan retfærdiggøres, nar den efter forholdets natur, dvs. efter emnet for de områder, der skal afgrænses, ikke kan accepteres.

b) Af Kommissionens argumentation får man endvidere det indtryk, at argumentationens tyngdepunkt helt klart ligger på udkastet til konkursoverenskomsten, som er blevet fremlagt for os.

Også dette mener jeg må volde betænkeligheder, og jeg er derfor af den mening, at det afgørende udgangspunkt for fortolkningen må søges i den allerede gældende konvention. Selv om det nemlig nok kan antages, at mange af bestemmelserne i udkastet også vil findes i den endelige tekst til konventionen, så er dette ikke på nogen måde sikkert. Dette ses netop af udkastets artikel 12, som blev inddraget i sagen. Den lød oprindeligt således:

»Retterne i den kontraherende stat, hvor et selskab eller en anden juridisk person er taget under konkursbehandling, er enekompetente i erstatningssøgsmål, som anlægges mod de i artikel 2, bilag I nævnte personer på grund af deres ledelse af virksomheden. Denne sag kan kun anlægges af en kurator, der er antaget til vedkommende selskabs eller juridiske persons konkursbo.«

Efter rådslagninger i november 1978, som nødvendiggjordes af, at flere delegationer havde rejst indsigelser, foreligger der nu følgende formulering, der autentisk kun findes på fransk:

»Les juridictions de l'État contractant où a été prononcée la faillite d'une société ou personne morale sont exclusivement compétentes pour connaître des actions relatives

a) à la responsabilité encourue en raison de sa gestion par tout dirigeant de cette société ou de cette personne morale pour réparer le dommage subi par elle.

. . .«

(Retterne i den kontraherende stat, hvor et selskab eller en anden juridisk person er blevet taget under konkursbehandling, er enekompetente i sager angående

a) erstatningsansvar, som ledere af selskabet eller den juridiske person har pådraget sig som følge af den måde, hvorpå de har ledet selskabet eller den juridiske person,

. . .)

Der må derfor udvises største varsomhed med at inddrage udkastet til konkurskonventionen, i det højeste må man begrænse sig til at konstatere, at konkurskonventionen højst kan bekræfte en

fortolkning af kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen, som i det væsentligste er kommet i stand ad andre veje.

Noget tilsvarende gælder naturligvis også for den opfattelse, der blev givet udtryk for under drøftelserne den 15., 16. og 17. november 1978, som dog i øvrigt kun deltes at et *flertal* af delegationerne, nemlig at en retsafgørelse vedrørende en leder af et selskab, afsagt i et erstatningssøgsmål, ikke omfattes af artikel 1, stk. 2, nr. 2, i kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen, når søgsmålet ikke hører til en »liquidation collective« men rubriceres som en borgerlig sag eller handelssag. Dette må man så meget desto mere antage, som det ikke klart fremgår af referatet, om man herved har sondret mellem almindelige erstatningssøgsmål eller konkursretlige erstatningssøgsmål

c) Endelig kan man også i nærværende sammenhæng anføre, at visse andre omstændigheder, som opmærksomheden har været henledt på under sagens behandling, næppe har nogen afgørende betydning for fortolkningen af kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen.

Eksempelvis er den omstændighed, at den her omhandlede franske retsregel findes i en konkurrenceretlig lov, i sig selv alene givet uden betydning.

Dette gælder også for spørgsmålet om, hvilken domsinstans der er kompetent efter national ret, idet det efter artikel 1 i konventionen ikke kommer an på »domsmyndighedens art«.

Det samme gælder for det forhold, at det omhandlede retskrav er udtrykt i den borgerlige rets former, og at det således optræder i den borgerlige rets påklædning. I denne sammenhæng har forbundsregeringens repræsentant med rette henvist til arvingers hæftelse for afdødes forpligtelser, der på trods af de valgte civilretlige termer ikke omfattes af konventionen, fordi arveretten er udelukket fra anvendelsesområdet. Der blev også henvist til det i sag 29/76 anvendte udtryk »opfyldelsessted«, der ikke udelukkede, at der kunne antages at foreligge offentligretlige tvistigheder.

5. Hvis vi herefter overvejer, hvorledes det i artikel 1 i kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen indeholdte begreb »konkurs, akkord og andre lignende ordninger« skal fortolkes, så mener jeg, at rekvisiti udgangspunkt er korrekt. Rekvisitus har anført, at man må anvende de i medlemsstaternes retsordner gældende principper for at finde ud af, hvad konkurs og andre lignende ordninger egentlig er. Herved kommer man til den konklusion, at sådanne insolvenssager har til formål at beslaglægge og uddele en betalingsudygtig eller insolvent persons formue, med det formål at dele formuen ligeligt mellem hans kreditorer under kontrol af en officiel udpeget forvalter. Noget væsentligt for en sådan behandling er altså, at debitor fuldstændig fratages rådigheden over sit gods i en særligt udformet procedure.

Enkelte adskilte søgsmål, der står i sammenhæng med en konkursbehandling, kan med udbytte betragtes i sammenhæng med konstateringerne i Jenard-rapporten, hvorefter de må anses

for at være anlagt under en konkurssag, såfremt de direkte hidrører fra konkursen. Tilsvarende formuleringer anvendes i øvrigt også i den relevante Benelux-overenskomst i artikel 22, stk. 4, men denne konvention er dog endnu ikke trådt i kraft. I bilaterale overenskomster som eksempelvis den fransk-belgiske overenskomst af 8. juli 1889 eller den nederlandsk-belgiske overenskomst af 28. februar 1925 er det afgørende, om kravet har sit udspring i konkurs, eller om det inddrives i en sådan form, som er bestemt i konkursretten (jf. Schlosser, s. 406). For enkelte, adskilte søgsmål er det altså afgørende, om der består en snæver saglig sammenhæng med konkurssagen, således at konkursens regler og særegenheder giver sagen karakter.

Dette synspunkt gælder uden tvivl for afkræftelige fordringer, idet afkræftelse kun findes i konkurs, altså hjemles i konkursretten, og reglerne ikke blot ændres dér. Jeg skal herved henvise til rapporten til det foreløbige udkast til konkurskonventionen af Noël-Lemontey, hvori det konkluderes, at afkræftelige fordringer kun kan opstå af konkurs. Jeg skal også henvise til de retssammenlignende undersøgelser, som Schlosser har foretaget i sin flere gange nævnte afhandling (s. 407), og som godtgør, at afkræftelsesinstituttet er kendt i alle de oprindelige seks medlemsstaters retsordener.

Men noget tilsvarende må også antages hvad angår fordringer, som ganske vist består efter almindelige retsregler, men som i medfør af konkursretten får en så afgørende ændring, at den konklusion trænger sig på, at de i det hele er bestemt af konkursretten. Dette er efter min opfattelse en formulering, der muliggør klare sondringer, og som også er helt i samklang med Jenard-rapporten. Denne formulering dækker også erstatningsansvaret i artikel 99 i den her omhandlede franske lov. Dette ansvar har som forudsætning, at selskabet er gået konkurs. Om ansvaret er pådraget skal ligeledes afgøres af den ret, som har afsagt kendelse om konkurs. Ansvaret gøres gældende af kurator eller endog af retten på embeds vegne, og ansvaret omhandler en hæftelse for selskabets skyld, altså ikke en erstatning for konkret forvoldt skade. Endvidere finder vi usædvanligt en omvendt bevisbyrde, hvorved det ikke er tilstrækkeligt at godtgøre, at der ikke foreligger en culpøs adfærd. Tværtimod kræves det, at den anfægtede ledelse af selskabet skal være sket med den nødvendige indsats og omhu. Ikke mindst må det også understreges, at såfremt selskabsskylden ikke berigtiges, kan vedkommende leder erklæres konkurs og pålægges udpræget konkursretlige sanktioner.

Sådan set er det ikke indlysende, at den af rekvirenten i hovedsagen udtalte opfattelse er korrekt, og at der skulle være tale om en særlig form for erstatningssag i medfør af en særlig ansvarsregel under den borgerlige ret, herunder handelsretten, og med særlige forudsætninger for ansvaret. Dette ses allerede, hvis man sammenligner artikel 244 med artikel 248 i den franske selskabslov (Code des

sociétés). Efter den første regel er »les administrateurs« i et aktieselskab ansvarlige for brud på aktieselskabsretlige forskrifter, for tilsidesættelse af vedtægterne og for fejl i ledelsen, hvorved der efter kommentarerne er tale om en skadeserstatning, og begrebet »faute« er afgørende. På den anden side bestemmer artikel 248:

»Er der åbnet konkurs eller akkord vedrørende et selskabs formue, kan de i reglerne om akkord, konkurs, personlig konkurs (faillite personelle) og bankerot (banqueroute) nævnte personer gøres ansvarlige for selskabets forpligtelser på de i nævnte regler anførte betingelser.«

Mere indlysende er den af rekvisitus givne fortolkning, der fremhæver, at det egentlige formål med den omhandlede søgsmålsform er, at et selskabs manglende aktiver skal tilbagesøges, altså at det drejer sig om en slags naturalopfyldelse, i medfør af hvilken den tilstand skal tilvejebringes, der ville have bestået, såfremt der ikke havde været fejl ved ledelsen. Men når det således drejer sig om at udligne en forringelse af massen, er det faktisk nærliggende, ud fra den funktion, som søgsmålet i artikel 99 i lov nr. 67-563 har, at tale om en klar integrering i konkursbehandlingen.

Til bekræftelse af denne opfattelse, at det afgørende er, om en fordring har sit grundlag i konkurs, har endelig forbundsregeringens repræsentant med føje også henvist til artikel 27 i kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen. I denne bestemmelse er det i sammenhæng med anerkendelse af retsafgørelser foreskrevet, at retten i anerkendelsesstaten skal prøve visse præjudicielle spørgsmål, eksempelvis vedrørende fysiske personers retlige status. Men når dette krav kun stilles med hensyn til de områder, der i medfør af artikel 1, stk. 2, nr. 1, er undtaget fra konventionen, men ikke med hensyn til konkursinstituttet, så er der givet ingen grund til nogen forsigtig afgrænsning af anvendelsesområdet for konventionen hvad angår fordringer, hvis forudsætning er, at der er indledt konkurs.

6. Jeg vil dog ikke hermed afslutte min undersøgelse af sagen, men også komme ind på det ofte nævnte udkast til konkurskonventionen, på hvilket Kommissionen i det væsentligste har støttet sig. Jeg vil herved undersøge, om dette udkast kan ændre det resultat, jeg på nuværende stadium er nået frem til.

Efter Kommissionens opfattelse er det for det første vigtigt, at konkurskonventionen ikke indeholder nogen generel definition af de procesformer, der er undtaget fra kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen i medfør af dennes artikel 1, stk. 2, nr. 2. Disse procesformer opregnes tværtimod adskilt i en protokol, der knyttes til konventionen, og på denne måde defineres dens anvendelsesområde. Da den særlige procesform efter artikel 99 i den franske konkurslov ikke er medtaget, argumenterer Kommissionen derfor, at det ikke kan antages, at den er omfattet af konkurskonventionens anvendelsesområde. Når på den anden side artikel 12 i konkurskonventionen nævner procesformer som eksempelvis i artikel 99 i den franske lov, så sker dette kun som

begrundelse for særlige værneting, men ikke for at bringe til udtryk, at disse søgsmålsformer generelt skal være omfattet af konkurskonventionen. I hvert fald er det ifølge Kommissionen karakteristisk, at efter artikel 61 i udkastet til konkurskonventionen skal anerkendelse og fuldbyrdelse af retsafgørelser, der er afsagt i de i artikel 12 omhandlede erstatningssøgsmål, være omfattet af kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen, hvilket dog efter de konstateringer, der allerede har kunnet ske med hensyn til konkurskonventionen, kun kan forstås som en *konstatering* af et allerede eksisterende retsforhold.

Helt bortset fra at jeg har principielle indvendinger mod at lægge et udkast til en konkurskonvention afgørende til grund, finder jeg ikke, at denne argumentation er overbevisende.

Det er for mig ikke nogen nødvendig slutning, at kun de procesformer, der er opregnet i protokollen til konkurskonventionen, kan antages at falde under konkursinstituttet. Det er givet kun de såkaldte kerneprocesser, der dér er nævnt. Om et forhold er omfattet af konkurskonventionen, må altså også afgøres ud fra andre bestemmelser, idet sådanne sager, der direkte udspringer af konkurs, jo ellers ville blive omfattet af kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen, hvilket efter Jenard-rapporten netop ikke skulle være tilfældet.

Hvad på den anden side angår spørgsmålet, om den værdi og betydning man skal tillægge henvisning i artikel 61 i udkastet til konkurskonventionen, så kan der til det anførte om, at denne bestemmelse kun skulle være rent konstaterende, anføres, at det næppe kan antages, at lovgiver har villet medtage en bestemmelse i konventionen, man kunne antage var overflødig, og som derfor snarere forvirrer. I særdeleshed må det ikke overses, at artikel 61 også henviser til de i artikel 17 i konkurskonventionen omhandlede sager. Men om en række af disse er det helt sikkert — hvorved jeg henviser til den allerede flere gange nævnte afhandling af Schlosser — at de har typisk konkursretlige fordringer til genstand. Det er altså nærliggende ikke at se kompetencenormer i artikel 12 og 17 i konkurskonventionen, men at se disse artikler som et udtryk for, at de dér omhandlede sagsforhold skal inddrages under konventionen, for hvilken slutning i øvrigt også artikel 59, stk. 4, i konkurskonventionen taler. Desuden er det nærliggende at antage, at henvisningen i konkurskonventionens artikel 61 er konstitutiv.

Denne fortolkning af konkurskonventionen synes i øvrigt også fuldt ud hensigtsmæssig. Den har den virkning, at anerkendelse af retsafgørelser vedrørende fordringer, der forudsætter en gyldig konkurs, og som må henregnes til konkursinstituttets kerneområde, først sker, når der er sket en almindelig anerkendelse af konkursen i medfør af en særlig konvention.

7. Jeg skal derfor foreslå følgende svar på det af Bundesgerichtshof forelagte præjudicielle spørgsmål:

Undtagelsen i artikel 1, stk. 2, nr. 2, i kompetence- og fuldbyrdelseskonventionen omfatter udover de herunder faldende typiske procesformer også procesformer, der står i sammenhæng med konkursbehandlingen, og som har en konkurs som ufravigelig forudsætning og udspringer direkte af denne. Dette gælder såvel søgsmål vedrørende fordringer, som alene kendes i konkursretten, som søgsmål vedrørende fordringer, der også består i den almindelige borgerlige ret, men som i konkursretten undergår en så afgørende ændring, at de efter deres formål må betragtes som faldende under konkursretten.