te zijn gegeven in het kader van een faillissement of een soortgelijke procedure in de zin van artikel 1, tweede alinea, van het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken.

Kutscher Mertens de Wilmars Mackenzie Stuart Donner Pescatore

Sørensen O'Keeffe Bosco Touffait

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op tweeëntwintig februari negentienhonderdnegenenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL G. REISCHL VAN 7 FEBRUARI 1979 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

In maart 1974 werd het faillissement aangevraagd van de Franse vennootschap met beperkte aansprakelijkheid „Fromme France Manutention", te Parijs, nadat haar Duitse moedermaatschappij failliet was verklaard. Tot curator werd benoemd verzoeker in het hoofdgeding dat tot de onderhavige prejudiciële procedure heeft geleid. Daar de activa van de Franse vennootschap onvoldoende waren voor de dekking van de schulden, werd verweerder in het hoofdgeding, die directeur van de Duitse moedermaatschappij was en — blijkbaar sinds 1971 — ook de leiding van de Franse vennootschap had, op vordering van de curator in juni 1974 als feitelijke bestuurder van de Franse vennootschap bij haar faillissement betrokken. Dit gebeurde op grond van de Franse wet nr. 67-563 van 13 juli 1967

1 — Vertaald uit het Duits.

„sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes", waarvan artikel 99 bepaalt:

„Wanneer tijdens een surséance van betaling of een faillissement van een rechtspersoon blijkt, dat de activa ontoereikend zijn, kan de rechtbank op vordering van de bewindvoerder of de curator of ook ambtshalve beslissen, dat de schulden van de vennootschap geheel of gedeeltelijk, hoofdelijk of niet hoofdelijk, door alle wettelijke of feitelijke, voor derden kenbare of niet-kenbare, betaalde of niet betaalde bestuurders van de vennootschap of door enige van hen worden gedragen.

Deze vordering verjaart na verloop van drie jaar te rekenen vanaf de definitieve vaststelling van de lijst van erkende vorderingen. In geval van ontbinding of vernietiging van een akkoord begint de verjaringstermijn, die tijdens de duur van het akkoord geschorst is, weer te lopen. Voor de bewindvoerder en de curator kan de nieuwe termijn voor het aanhangig maken van de vordering echter in geen geval minder bedragen dan een jaar.

Om zich van hun aansprakelijkheid te bevrijden moeten de betrokken bestuurders bewijzen dat zij de noodzakelijke inspanning en zorg aan de bedrijfsvoering hebben besteed".

Het Tribunal de Commerce te Parijs wees de vordering toe. Dit vonnis werd bij arrest van de Cour d'appel te Parijs in maart 1976 gedeeltelijk gewijzigd. Op grond van deze laatste beslissing is verweerder gehouden van de niet door de boedel gedekte schulden van de vennootschap — in totaal FF 859 575,39 — een bedrag van FF 743 563,15 te betalen alsmede de kosten van de beroepsprocedure, met uitzondering van het honorarium van een advocaat. Bovendien bevestigde de Cour d'appel het vonnis van het Tribunal de Commerce inzoverre, dat het verweerder krachtens artikel 108 van voornoemde wet nr. 67-563 vervallen verklaarde van het recht om in een handelsonderneming als directeur of bedrijfsleider werkzaam te zijn of toezicht erover uit te oefenen.

Om dit arrest, waarvan beroep tot cassatie is ingesteld, in de Bondsrepubliek Duitsland ten uitvoer te kunnen leggen — althans voor zover verweerder daarbij tot betaling is veroordeeld — verzocht de curator overeenkomstig artikel 31 van het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken („Executieverdrag") de beslissing van verlof tot tenuitvoerlegging te voorzien. Dit verzoek werd in april 1977 door de bevoegde rechter, de voorzitter van de Eerste Burgerlijke Kamer van het Landgericht Limburg am Lahn, gehonoreerd, echter met de bepaling dat de tenuitvoerlegging tot conservatoire maatregelen beperkt moet blijven zolang de schuldeiser geen bewijsstuk overlegt waaruit blijkt dat de tenuitvoerlegging zonder beperkingen mag plaatsvinden, en dat de debiteur, zolang de tenuitvoerlegging beperkt moet blijven tot conserva-

toire maatregelen, executie kan voorkomen door het stellen van zekerheid tot een bedrag van FF 743 563,15.

Op verzet van verweerder werd deze beschikking echter op 7 september 1977 door het Oberlandesgericht Frankfurt vernietigd en het verzoek om verlof tot tenuitvoerlegging afgewezen met de motivering dat de veroordeling van de feitelijke bestuurder van een failliete vennootschap krachtens genoemde Franse wet, haar oorsprong vindt in het faillissement van de vennootschap en met de faillissementsprocedure samenhangt. Een dergelijke zaak behoort dus tot het faillissement en valt niet binnen het toepassingsgebied van het Executieverdrag, dat in artikel 1 wordt omschreven als volgt:

„Dit verdrag wordt toegepast in burgerlijke en handelszaken, ongeacht de aard van het gerecht waarvoor deze zaken zich afspelen.

Het is niet van toepassing op:

1. . . .

2. het faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures;"

Verzoeker in het hoofdgeding acht deze kwalificatie onjuist. Zijns inziens is van belang dat in artikel 99 van de Franse wet een bijzondere aansprakelijkheid naar *burgelijk recht* wordt gecreëerd, die in een *civiele procedure* door de curator tot gelding moet worden gebracht. Hij is daarom in cassatie gekomen bij het Bundesgerichtshof.

Daar de uitlegging van artikel 1 Executieverdrag hem niet geheel duidelijk leek, heeft het Bundesgerichtshof krachtens artikel 3 van het bij het Verdrag behorende uitleggingsprotocol de procedure geschorst en de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is een vonnis, door Franse burgerrechterlijke instanties op grond van artikel 99 van de Franse wet nr. 67-563 van 13 juli 1967 gewezen tegen de feitelijke bestuurder van een rechtspersoon, tot betaling aan de failliete boedel, te beschouwen als te zijn gewezen in een faillissement of soortgelijke procedure (artikel 1, tweede alinea, sub 2, Executieverdrag) of gaat het bij een dergelijk vonnis om een beslissing in een burgerlijke en handelszaak (artikel 1, eerste alinea, Executieverdrag)?"

Met betrekking tot deze vraag neem ik het volgende standpunt in:

1. Verweerder heeft bezwaren geuit tegen de formulering van de vraag. Volgens hem wordt van het Hof iets verlangd wat niet geoorloofd is, namelijk de procedure van artikel 99 van de Franse wet nr. 67-563 te kwalificeren, dat wil zeggen ze onder te brengen in het begrippensysteem van het Executieverdrag. Dit zou niets anders zijn dan een toepassing van het recht op een concreet geval, hetgeen aan het Hof in uitleggingsprocedures is verboden, waarbij het bovendien nog zou gaan om uitlegging van nationaal recht, te weten de aangehaalde Franse wet.

Toegegeven moet worden dat het uitsluitend de taak van het Hof is — en zo moet de vraag ook worden gelezen — een uitlegging van het gemeenschapsrecht in abstracto te geven en daartoe zo nodig de criteria op te stellen die voor artikel 1, tweede alinea, sub 2, Executieverdrag van belang zijn. Anderzijds spreekt het echter ook vanzelf, dat dit enkel met het oog op de problematiek van

het hoofdgeding dient te geschieden, en dat daarbij natuurlijk acht mag worden geslagen op de eigenaardigheden van de ter discussie staande nationale regeling, voor zover deze niet worden betwist.

2. Eén ding kan al aanstonds worden vastgesteld; waar in artikel 1, tweede alinea sub 2, Executieverdrag gezegd wordt dat het niet van toepassing is op faillissementen, akkoorden en andere soortgelijke procedures, wordt zeker niet gedoeld op de betekenis van deze begrippen in het nationale recht van bij voorbeeld de staat van herkomst of de aangezochte staat. Het gaat hier veeleer om een gemeenschappelijk begrip, dat autonoom moet worden uitgelegd, en wel met inachtneming van doel en systematiek van het Verdrag alsmede van de algemene rechtsbeginselen die op dit gebied in de Lid-Staten worden gevonden. Dit is mijns insziens — en ook volgens alle bij deze procedure betrokkenen — duidelijk vastgesteld in het arrest van 14 oktober 1976 (zaak 29/76, LTU, Jurispr. 1976, blz. 1541) met betrekking tot het, eveneens in artikel 1 van het Verdrag voorkomende, begrip „burgerlijke en handelszaken". Geldt dit met betrekking tot het begrip dat essentieel is voor de afbakening van het toepassingsgebied van het Verdrag, dan moet men logischerwijs hetzelfde aannemen voor de begrippen die de beperkingen van het toepassingsgebied omschrijven. In het belang van een uniforme toepassing van het Verdrag moeten ook deze uiteraard uniform worden uitgelegd. Een andere opvatting zou in strijd zijn met de bij de opstelling van het Executieverdrag gebleken wil van alle verdragspartners om het toepassingsgebied ervan zonder leemtes te doen aansluiten op het thans in voorbereiding zijnde Faillissementsverdrag (vgl. Schlosser, Konkurs und konkursähnliche Verfahren im geltenden Europarecht, in: Festschrift für Friedrich Weber, 1975, blz. 396).

3. Sta mij toe dat ik, alvorens tot de uitlegging van het begrip „faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures" over te gaan, kort samenvat wat er tijdens de schriftelijke behandeling naar voren is gebracht met betrekking tot de ontwikkeling en de karakterisering van de in artikel 99 van de Franse wet nr. 67-563 verankerde aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen — een rechtsfiguur die in de rechtsorde van andere Lid-Staten kennelijk niet in vergelijkbare vorm voorkomt.

Voor zover ik kan nagaan, was de aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen aanvankelijk in Frankrijk — evenals in de rechtsorde van alle andere Lid-Staten — uitsluitend in het vennootschapsrecht geregeld: directieleden van een naamloze vennootschap — voor besloten vennootschappen gold een dergelijke bepaling — waren aansprakelijk op grond van algemene rechtsbeginselen, dat wil zeggen wegens kwaad opzet en verzuim bij de uitvoering van hun taak, in de zin die daaraan door de Code civile met betrekking tot betaalde lasthebbers wordt gehecht.

Hierbij kwam in 1940 voor de naamloze en in 1953 ook voor besloten vennootschappen het novum dat de bestuurders van een rechtspersoon bij onvoldoende actief aansprakelijk zijn voor de voldoe-

ning van de bij het faillissement vastgestelde schulden. Ook hierbij — zo werd gesteld — ging het in werkelijkheid om aansprakelijkheid wegens opzet en verzuim. De nieuwe regeling bestond in wezen in een omkering van de bewijslast: de aangesproken bestuurder kon zich slechts dan van zijn aansprakelijkheid bevrijden als hij slaagde in het bewijs, dat hij de inspanning en zorg aan de dag had gelegd, die van een betaalde lasthebber wordt verlangd. Verder was de aansprakelijkheid niet gebonden aan de vaststelling van schade en gold zij op grond van de rechtspraak ook voor feitelijke bestuurders van een rechtspersoon; bovendien was de beslissing óf de bestuurders van een rechtspersoon en zo ja, wie van hen voor de schulden moesten opkomen, aan de rechter overgelaten.

Wet nr. 67-563 ging nog een stap verder en versterkte — zoals het door verweerder in het hoofdgeding overgelegde juridisch deskundigenrapport zegt — de faillissementsrechtelijke aspecten van de aansprakelijkheid van de bestuurders van rechtspersonen nog meer. In deze wet — en dit geldt zowel voor de wettelijke als voor de feitelijke bestuurders — zijn de algemene rechtsbeginselen van het verbintenissenrecht geheel losgelaten; er wordt geen relatie meer gelegd met de zorg en de inspanning van een betaalde lasthebber. Het is dan ook niet meer voldoende — en daarom kan men ook beter van een aansprakelijkheidsvermoeden dan van een schuldvermoeden spreken — om te bewijzen dat bij de bedrijfsvoering geen fouten zijn gemaakt; de bestuurder van een rechtspersoon moet veeleer aantonen dat hij alles heeft gedaan om haar belangen te behartigen. Daarenboven moet men niet vergeten — dit volgt al uit de tekst van het boven aangehaalde artikel 99 van de Franse wet — dat de bestuurder van een rechtspersoon niet alleen op vordering van de curator of de bewindvoerder, maar ook ambtshalve door de terzake van het faillissement bevoegde rechtbank aansprakelijk kan worden gesteld. Verder is van belang dat de rechtsvordering na verloop van drie jaar te rekenen vanaf de definitieve vaststelling van de lijst van erkende vorderingen verjaart, dat de rechtbank bij niet-nakoming „het faillissement of de surséance van betaling uitspreekt van die leidinggevende personen aan wie de nakoming van de verbintenissen van de vennootschap geheel of ten dele is opgedragen" (art. 100), en dat de rechtbank het „faillite personnelle" kan uitspreken van de failliet of, in geval van een handelsonderneming met rechtspersoonlijkheid, van degenen die de onderneming wettelijk of feitelijk, voor derden kenbaar of niet kenbaar, betaald of niet betaald, besturen of hun het verbod kan opleggen om een onderneming althans een rechtspersoon als directielid of bedrijfsleider te leiden, te besturen of toezicht erover uit te oefenen (artikel 108).

4. Vervolgens zou ik graag nog enige opmerkingen over de interpretatiemethode vooraf willen laten gaan.

a) Zoals bekend heeft de Commissie, onder verwijzing naar het rapport-Jenard over het Executieverdrag, gewezen op de noodzaak de bepalingen die het toepassingsgebied ervan afbakenen, ruim te interpreteren, daar het een algemeen verdrag betreft, en anderzijds, ten einde de effectiviteit ervan te waarborgen, de gegeven uitzonderingen in enge zin op te vatten.

Zonder dat deze stelling principieel te ruim zou zijn, moet daarbij toch worden opgemerkt dat het te betwijfelen valt of zij ook geldt voor een gebied als het faillissement, waarvoor eveneens een verdrag in het vooruitzicht is gesteld. Ook

al heeft men de oorspronkelijke opzet om het tegelijk met het Executieverdrag in werking te laten treden, niet kunnen verwezenlijken, toch mag men verwachten dat de voorbereidingen naar alle waarschijnlijkheid binnen afzienbare tijd zullen zijn voltooid. Men moet er dus werkelijk rekening mee houden dat er op dit gebied — als ik het juist heb is de uit het rapport-Jenard geciteerde opmerking in een ander verband gemaakt — binnen enige tijd een uniforme gemeenschapsregeling zal zijn met gelijke werking als het Executieverdrag. Anderzijds kan niet worden ontkend dat men met een extensieve interpretatie van het Executieverdrag het gevaar loopt in te grijpen in de competentiesfeer van de organen die het Faillissementsverdrag moeten sluiten.

Met betrekking tot de wens om het Executieverdrag ruim uit te leggen, moet echter in elk geval worden opgemerkt dat zo'n afbakening van het toepassingsgebied van dit Verdrag niet te rechtvaardigen is wanneer dit uit de aard der zaak, dat wil zeggen gelet op de onderwerpen van het af te grenzen gebied, niet verdedigbaar is.

b) Voorts wekt het betoog van de Commissie de indruk dat het in de kern volledig steunt op het aan ons voorgelegde voorontwerp van het Faillissementsverdrag.

Ook dit acht ik bedenkelijk; ik ben van mening dat het beslissende aanknopingspunt voor de interpretatie in het geldende Verdrag moeten worden gezocht. Want ook al mag men aannemen dat vele bepalingen van het voorontwerp in het definitieve Verdrag zullen terugkeren, zeker is dat niet. Dit blijkt juist bij het in deze procedure geciteerde artikel 12 van het voorontwerp. Dit luidde oorspronkelijk als volgt:

„Alleen de rechter van de verdragsluitende staat waar het faillissement van een vennootschap of rechtspersoon is uitgesproken, is bevoegd kennis te nemen van vorderingen betreffende de aansprakelijkheid van de personen, bedoeld in artikel 2 van bijlage I, uit hoofde van hun bestuur. Alleen de curator in het faillissement van de vennootschap of rechtspersoon is bevoegd als eiser op te treden".

Na het overleg van november 1978, dat mede heeft plaatsgevonden omdat enkele delegaties voorbehouden hadden gemaakt, moeten wij thans uitgaan van de volgende, alleen nog maar in het Frans bestaande formulering:

„Les juridictions de l'Etat 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,

„

...

Bij een beroep op het voorontwerp van het Faillissementsverdrag moet men dus de grootste terughoudendheid betrachten en zich in elk geval beperken tot de constatering dat een in wezen reeds op andere wijze gevonden uitlegging van het

Executieverdrag daardoor wordt bevestigd en bekrachtigd.

Hetzelfde geldt uiteraard voor het, in het procesverbaal van het overleg van 15, 16 en 17 november 1978 ingenomen standpunt — dat overigens slechts door een *meerderheid* van de delegaties wordt gedeeld — dat de tegen een bestuurder van een vennootschap in een aansprakelijkheidsprocedure uitgesproken beslissing, wanneer deze niet tot een „liquidation collective" leidt, niet valt onder artikel 1, tweede alinea, sub 2, doch tot het gebied van de burgerlijke en handelszaken gerekend moet worden. Dit geldt temeer, nu uit het uittreksel van de notulen niet duidelijk blijkt of er op dit punt een onderscheid is gemaakt tussen gewone en faillissementsrechtelijke aansprakelijkheidsprocedures.

c) Ten slotte kan in dit verband nog worden opgemerkt dat enkele andere omstandigheden, die in deze procedure eveneens naar voren zijn gekomen, zeker niet van beslissende betekenis zijn voor de interpretatie van het Executieverdrag.

Zo is de omstandigheid dat de Franse bepaling die ons bezighoudt, in een faillissementswet voorkomt, op zichzelf zeker niet van belang.

Hetzelfde geldt voor de competentiebepaling in het nationale recht, nu immers krachtens artikel 1 van het Verdrag „de aard van het gerecht waarvoor . . . zaken zich afspelen" niet van belang is.

Dit geldt ten slotte ook voor de omstandigheid dat voor de litigieuze vordering een civielrechtelijke formulering is gekozen, dat zij als het ware in een civielrechtelijk kleed is gehuld. In verband hiermee heeft de vertegenwoordiger van de Duitse regering terecht gewezen op de aansprakelijkheid van de erfgenamen voor de verbintenissen van de nalatenschap, die ondanks de civielrechtelijke formulering niet onder het Verdrag valt daar het erfrecht van de werking van het Executieverdrag is uitgesloten. Ook werd in dit verband gewezen op het in zaak 29/76 gebruikte begrip „plaats waar de verbintenis moet worden nagekomen", dat het aannemen van een publiekrechtelijk geschil niet uitsloot.

5. Vragen wij ons vervolgens af hoe de in artikel 1 Executieverdrag voorkomende begrippen „faillissement, akkoorden en andere soortgelijke procedures" moeten worden begrepen, dan meen ik dat verweerder hiervoor het juiste aanknopingspunt heeft gekozen. Volgens hem moet allereerst het wezen van het faillissement en soortgelijke procedures worden vastgesteld aan de hand van de op dit gebied in de rechtsordes van de Lid-Staten geldende beginselen. Men komt dan tot de vaststelling dat het er bij dergelijke insolventieprocedures om gaat, het vermogen van een persoon die insolvent is of diep in de schulden zit, onder toezicht van een van overheidswege aangestelde zaakwaarnemer te beheren en te gelde te maken tot pond-pondsgewijze voldoening van de schuldeisers. Het wezenlijk doel van een dergelijke procedure is, langs bijzondere weg volledig greep te krijgen op het vermogen van de debiteur.

Voor bijzondere procedures die verband houden met een faillissement, is de opmerking in het rapport-Jenard van belang, dat zij geacht moeten worden tot

het faillissement te horen als zij daaruit rechtstreeks voortvloeien; een dergelijke formulering wordt overigens ook gebruikt in het op dit onderwerp betrekking hebbende, nog niet in werking getreden Benelux-verdrag (artikel 22, lid 4). In de overeenkomstige bilaterale verdragen, zoals het Frans-Belgisch verdrag van 8 juli 1899 of het Nederlands-Belgisch verdrag van 28 februari 1925, is beslissend of de gepretendeerde vordering zijn oorsprong vindt in het faillissement, of een recht wordt uitgeoefend dat in het faillissementsrecht is neergelegd (vgl. Schlosser t.a.p., blz. 406). Voor de bijzondere procedures komt het er dus op aan of er een zeer nauwe zakelijke samenhang met een faillissement bestaat, waardoor de voorschriften en typische kenmerken hiervan als het ware bepalend zijn voor de aard van die bijzondere procedures.

Dit laatste geldt ongetwijfeld voor een vordering tot vernietiging van het faillissement, die slechts bij faillissement voorkomt en dus door het faillissementsrecht wordt geschapen en niet slechts gewijzigd. Ik verwijs in dit verband naar het rapport van Noël-Lemontey bij het voorontwerp van het Faillissementsverdrag, dat ten deze opmerkt dat vorderingen tot vernietiging van faillissementen hun oorsprong in het faillissement vinden. Ook verwijs ik naar de rechtsvergelijkende studie van Schlosser in zijn reeds enkele malen genoemd opstel (blz. 407), waaruit blijkt dat die mogelijkheid tot aantasting van het faillissement in het failissementsrecht van alle zes oorspronkelijke Lid-Staten van de Gemeenschap bekend is.

Iets dergelijks moet echter ook worden aangenomen met betrekking tot vorderingen die weliswaar ook in het algemene recht voorkomen, doch die in het faillissementsrecht dusdanig zijn gemodificeerd, dat men niet anders kan dan vaststellen dat zij in het geheel genomen een faillissementsrechtelijk stempel dragen. Dit levert mijns inziens een duidelijke formule op aan de hand waarvan beslissingen mogelijk zijn en die volledig wordt gedekt door de opmerkingen in het rapport-Jenard. Ook de in artikel 99 van de aan de orde zijnde Franse wet verankerde aansprakelijkheid valt onder deze formule. Hiervoor is immers het faillissement van de vennootschap voorwaarde; de rechtbank die het faillissement heeft uitgesproken, is dan ook tot beoordeling ervan bevoegd. Deze aansprakelijkheid wordt door de curator geldend gemaakt of zelfs ambtshalve door de rechtbank vastgesteld en betreft het moeten instaan voor de schulden van de vennootschap en dus niet de vergoeding van een concrete schade. Verder vinden wij hier een ongebruikelijke omkering van de bewijslast, die zich bovendien niet beperkt tot schuld, maar waaraan veeleer slechts is voldaan wanneer wordt bewezen dat de aangesprokene aan de bedrijfsvoering van de vennootschap de nodige inspanning en zorg heeft besteed. Niet in de laatste plaats dient eraan te worden herinnerd dat bij niet-betaling van de schulden van de vennootschap het persoonlijk faillissement van de aangesproken bestuurder kan worden uitgesproken en dat hem uitgesproken faillissementsrechtelijke sancties kunnen worden opgelegd.

Zo bezien is de door verzoeker in het hoofdgeding gegeven interpretatie, dat het hier om niets anders gaat dan om een bijzondere aansprakelijkheidsprocedure op grond van een specifieke aansprakelijkheidsnorm uit het burgerlijke en handelsrecht met bijzondere voorwaarden voor de aansprakelijkheid, zeker niet plausibel. Reeds een vergelijking van artikel 244 met artikel 249 van de Franse Code des sociétés pleit hiertegen. Vol-

gens eerstgenoemde bepaling zijn de „administrateurs" van een naamloze vennootschap aansprakelijk voor overtredingen van vennootschapsrechtelijke voorschriften, voor schending van de statuten en voor fouten in de bedrijfsvoering, waarbij het — volgens de commentaren — om schadevergoeding gaat en het begrip „faute" bepalend is. Anderzijds bepaalt artikel 248:

„In geval van surséance van betaling of faillissement van een vennootschap kunnen de in de bepalingen betreffende de surséance van betaling, het faillissement, het ‚faillite personnelle' en de bankbreuk genoemde personen onder de daar genoemde voorwaarden aansprakelijk worden gesteld voor verbintenissen van de vennootschap".

Veel aannemelijker is de door verweerder gegeven verklaring, die beklemtoont dat het eigenlijke doel van de betrokken procedure is, een volledige greep te krijgen op het ontbrekende actief van een vennootschap, dat het dus om een soort restitutio in integrum gaat, waarbij de toestand moet worden geschapen die zonder falende bedrijfsvoering zou hebben bestaan. Als het echter gaat om compensatie voor een benadeling van de boedel, dan ligt het inderdaad voor de hand om, gezien de functie van de procedure van artikel 99 van wet nr. 67-563, te spreken van een duidelijke integratie in de faillissementsprocedure.

Ter ondersteuning van de stelling dat beslissend is of een vordering haar grondslag in het faillissement vindt, heeft de vertegenwoordiger van de Bondsregering ten slotte nog terecht gewezen op artikel 27 Executieverdrag. In verband met de erkenning van beslissingen wordt hierin de behandeling van bepaalde prealabele vragen — onder meer met betrekking tot de staat van personen — door het gerecht van de aangezochte staat geregeld. Wanneer dit echter slechts geldt voor de in artikel 1, tweede alinea, sub 1, genoemde, van de werking van het Verdrag uitgesloten gebieden en niet voor het faillissementsrecht, is er zeker alle reden om bij de afbakening van het toepassingsgebied van het Verdrag met het oog op vorderingen waarvoor een faillietverklaring bestaansvoorwaarde is, voorzichtig te werk te gaan.

6. Hiermee echter wil ik het onderzoek van deze casus niet besluiten, doch ook nog ingaan op het meermalen genoemde voorontwerp van een Faillissementsverdrag, waarop de Commissie haar betoog in hoofdzaak heeft doen steunen, om te zien of dit afbreuk kan doen aan het thans bereikte resultaat.

De Commissie acht het allereerst van belang dat het Faillissementsverdrag geen algemene definitie bevat voor de, van de werking van het Executieverdrag uitgezonderde, in artikel 1, tweede alinea, sub 2, genoemde procedures. Deze procedures worden veeleer in een bij het Faillissementsverdrag behorend protocol afzonderlijk genoemd, waarmee het toepassingsgebied van het Verdrag wordt gedefinieerd. Daar echter — zo redeneert de Commissie — de procedure van artikel 99 van de Franse faillissementswet in deze opsomming ontbreekt, kan niet worden aangenomen dat zij onder het toepassingsgebied van het Faillissementsverdrag valt. Waar anderzijds artikel 12 procedures als die van artikel 99 van de Franse

wet noemt, geschiedt dit uitsluitend om een bijzondere competentie te creëren en niet om daarmee aan te geven dat zij in het algemeen oder het toepassingsgebied van het Faillissementsverdrag vallen. Het is in ieder geval veelzeggend dat de erkenning en tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissingen in de, in artikel 12 genoemde, aansprakelijkheidsprocedures ingevolge Artikel 61 van het ontwerpverdrag, zijn onderworpen aan de werking van het Executieverdrag, hetgeen echter volgens de andere, reeds genoemde, over het Executieverdrag te winnen inzichten als zuiver *declaratoir* moet worden opgevat.

Dit betoog komt mij — nog afgezien van de principiële bezwaren tegen het toekennen van een doorslaggevende betekenis aan het ontwerp van het Faillissementsverdrag — niet overtuigend voor.

Dat slechts de uitdrukkelijk in het protocol bij het Faillissementsverdrag genoemde procedures tot het faillissement zouden behoren, is voor mij geen dwingende conclusie. Het is duidelijk dat daarin voornamelijk de zogenaamde basisprocedures worden genoemd. Of iets onder het Faillissementsverdrag valt, moet dus uit andere bepalingen kunnen worden afgeleid, daar anders procedures onder het Executieverdrag zouden vallen die direct uit het faillissement voortvloeien en waarvoor, volgens genoemd rapport-Jenard, dat Verdrag nu juist niet behoort te gelden.

Met betrekking tot de waarde en betekenis van de verwijzing in artikel 61 van het ontwerp-faillissementsverdrag, kan anderzijds over de opvatting dat deze bepaling uitsluitend declaratoir van aard is, niet alleen worden opgemerkt dat het toch nauwelijks aannemelijk is dat de wetgever een overbodige en daardoor eerder verwarrende bepaling in het Verdrag heeft willen opnemen, maar ook en vooral dat men niet mag vergeten dat artikel 61 ook betrekking heeft op de in artikel 17 van het Verdrag genoemde procedures; een aantal hiervan — ik herinner hierbij aan het reeds meermalen genoemde opstel van Schlosser — heeft echter stellig typisch faillissementsrechtelijke acties tot voorwerp. Het ligt dus voor de hand om de artikelen 12 en 17 Faillissementsverdrag niet alleen als competentieregels te zien, maar ook ervan uit te gaan dat daarin tot uitdrukking wordt gebracht dat deze gebieden onder het Verdrag vallen, iets waarvoor overigens ook artikel 59, lid 4, Faillissementsverdrag pleit. Bovendien leidt dit er licht toe, aan de in artikel 61 Faillissementsverdrag opgenomen verwijzing constitutieve betekenis toe te kennen.

Deze interpretatie van het Faillissementsverdrag is ook overigens bepaald zinvol. Zij leidt ertoe dat pas wanneer de algemene erkenning van een faillissement door een bijzonder verdrag is gewaarborgd, ook de erkenning mogelijk is van beslissingen betreffende vorderingen waarvoor een geldig faillissement voorwaarde is en die tot het kerngebied van het faillissement moeten worden gerekend.

7. Op grond hiervan stel ik voor de door het Bundesgerichtshof gestelde prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

Onder de uitzondering van artikel 1, tweede alinea, sub 2, Executieverdrag vallen niet enkel de basisprocedures, maar ook de met het faillissement samenhangende procedures waarvoor het bestaan van een faillissement een noodzakelijke voorwaarde is en die daaruit ook rechtstreeks voortvloeien. Dit geldt zowel voor procedures betreffende vorderingen die alleen in het faillissementsrecht bekend zijn, als voor procedures betreffende vorderingen die weliswaar ook in het algemene civielrecht bestaan, doch die in het faillissementsrecht een dermate wezenlijke verandering ondergaan, dat ze, gezien hun doelstelling, moeten worden geacht tot het faillissementsrecht te behoren.