CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GERHARD REISCHL

apresentadas em 7 de Fevereiro de 1979 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

Em Março de 1974, a sociedade de responsabilidade limitada de direito francês, Fromme France Manutention, de Paris, foi declarada em situação de liquidação de patrimónios na sequência da falência da sociedade-mãe alemã. O requerente na primeira instância e recorrente no processo de recurso («Rechtsbeschwerdeführer») na causa principal, que deu origem ao presente processo prejudicial, foi designado como síndico. Dado que o activo da sociedade francesa não era suficiente para cobrir as suas dívidas, em Junho de 1974, na sequência de uma acção interposta pelo síndico, a falência foi tornada extensiva ao requerido na primeira instância e recorrido no processo de recurso, o qual era gerente da sociedade alemã e — aparentemente, desde 1971 — igualmente gerente da sociedade francesa, na qualidade de administrador de facto desta última. Tudo isto ao abrigo da Lei francesa n.° 67 563, de 13 de Julho de 1967, sobre a «concordata judicial, a liquidação de patrimónios, a falência pessoal e a bancarrota», cujo artigo 99.° estabelece:

«Quando a concordata judicial das dívidas ou a liquidação dos bens de uma pessoa colectiva revela uma insuficiência do activo, o tribunal pode decidir, a pedido do síndico ou oficiosamente, que as dívidas sociais sejam suportadas, no todo ou em parte, com ou sem solidariedade, por todos os administradores sociais, de direito ou de facto, aparentes ou ocultos, remunerados ou não, ou por alguns deles.

A acção prescreve ao fim de três anos, a contar da declaração definitiva dos créditos. Havendo resolução ou anulação da concordata, a prescrição, suspensa durante o período em que durou a concordata, recomeça a contar. Todavia, o síndico volta a dispor, para o exercício da acção, de um prazo que não pode, em caso algum, ser inferior a um ano.

Para ilidirem a sua responsabilidade, os administradores implicados devem fazer a prova de que actuaram, no âmbito da gestão dos assuntos sociais, com a diligência necessária.»

O tribunal de commerce de Paris julgou a acção procedente. Esta decisão foi parcialmente alterada em Março de 1976 pela cour d'appel de Paris. Nos termos deste acórdão, o requerido deve pagar, em relação a um montante de 859 575,39 FF, que representa as dívidas sociais que não são cobertas pela massa, a quantia de 743 563,15 FF bem como as despesas do recurso, deduzidas dos honorários de um advogado. Por outro lado, a cour d'appel confirmou a decisão do tribunal de commerce relativa à proibição, nos termos do artigo 108.° da citada Lei n.° 67 563, de o recorrido dirigir, gerir, administrar ou controlar uma empresa comercial.

De modo a proceder, na República Federal da Alemanha, à execução dessa decisão que foi objecto de um recurso — na medida em que o recorrido foi condenado no paga-

* Língua original: alemão.

mento —, o síndico solicitou, em conformidade com o artigo 31.° da Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial (a seguir «convenção de execução»), que tal decisão revestisse a fórmula executória. O juiz competente, presidente da Primeira Secção Civil do Landgericht Limburg/Lahn, deferiu o pedido em Abril de 1977, sob reserva de a execução obrigatória não ultrapassar o âmbito de providências conservatórias até que o credor apresentasse um documento comprovativo de que a decisão era integralmente executória, e decidiu que, na medida em que a execução não fosse além do âmbito das providências conservatórias, o devedor podia evitar a execução obrigatória mediante a constituição de uma caução de 743 563,15 FF.

Mediante recurso apresentado pelo recorrido, esta decisão foi, todavia, anulada por acórdão do Oberlandesgericht Frankfurt de 7 de Setembro de 1977, e o pedido de aplicação de uma fórmula executória foi indeferido com o fundamento de que a condenação do administrador de facto de uma sociedade comercial falida se baseava, em conformidade com a referida lei francesa, na falência da sociedade em causa e integrar-se-ia no processo de liquidação de patrimónios. Por conseguinte, tal processo incluir-se-ia no âmbito da falência e não estaria submetido à aplicação da convenção de execução que o artigo 1.° define da seguinte forma:

«A presente convenção aplica-se em matéria civil e comercial e independentemente da natureza da jurisdição... São excluídos da sua aplicação:

1. ...

2. As falências, as concordatas e outros processos análogos...»

O requerente no processo principal considera esta qualificação incorrecta. Na sua opinião, importa sublinhar que o artigo 99.° da lei francesa regula um caso especial de responsabilidade *civil* que deve ser objecto de uma *acção civil* intentada pelo síndico da liquidação. Consequentemente, o síndico interpôs recurso para o Bundesgerichtshof.

Dado que a interpretação conferida ao citado artigo 1.° da convenção lhe suscitou algumas dúvidas, o Bundesgerichtshof suspendeu a instância, nos termos do artigo 3.° do protocolo sobre a interpretação da convenção, e submeteu à apreciação do Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

Deverá considerar-se proferida no âmbito de uma falência ou de um processo análogo a decisão de um órgão jurisdicional civil francês baseada no artigo 99.° da Lei francesa n.° 67 563, de 13 de Julho de 1967, que condena o administrador de facto de uma pessoa colectiva a entrar com determinado montante para a massa (artigo 1.°, segundo parágrafo, n.° 2, da convenção), ou deverá considerar-se tal sentença como uma decisão em matéria civil e comercial (artigo 1.°, primeiro parágrafo, da convenção)?

No que diz respeito a esta questão, a nossa opinião é a seguinte:

1. O recorrido manifestou reservas contra a formulação da questão. Considera incorrecto que se solicite ao Tribunal de Justiça a qualificação dos processos previstos pelo artigo 99.° da Lei francesa n.° 67 563, a saber, incluí-los nos conceitos da convenção de execução. Na sua opinião, tal constitui pura e simplesmente uma aplicação concreta do direito, vedada ao Tribunal de Justiça no âmbito do procedimento de interpretação e,

além disso, pressupõe a interpretação do direito nacional, ou seja, a interpretação da referida lei francesa.

Esta tese tem de ser reconhecida e deve sublinhar-se que o Tribunal de Justiça tem por única missão — e é nesta acepção que a questão se deve enquadrar — a interpretação abstracta do direito comunitário e, se necessário, a definição, para esse efeito, de critérios que são relevantes nos termos do artigo 1.°, n.° 2, da convenção de execução. Mas, por outro lado, é igualmente evidente que tal apenas pode fazer-se em relação a problemas suscitados no processo principal e que, a este respeito, as especificidades da regulamentação nacional em causa podem perfeitamente ser tidas em consideração desde que não sejam contestadas.

2. Uma primeira constatação impõe-se sem dificuldade. Quando o artigo 1.°, segundo parágrafo, n.° 2, da convenção de execução estabelece que esta não é aplicável às falências, concordatas e outros processos análogos, tal não significa certamente que remeta para a qualificação do direito nacional, por exemplo, a do Estado de origem ou do Estado requerido. Encontramo-nos, pelo contrário, perante um conceito do direito comunitário que exige uma interpretação autónoma, a saber, que tenha em consideração os objectivos e o sistema da convenção bem como os princípios gerais do direito reconhecidos pelos Estados-membros neste domínio. Trata-se da acepção que, na nossa opinião bem como na opinião de todas as partes no processo, foi expressamente estabelecida pelas conclusões a que se chegou no acórdão de 14 de Outubro de 1976, LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG/Eurocontrôle (29/76, Colect., p. 629), em relação ao conceito de «matéria civil e comercial» referido igualmente no artigo 1.° da convenção. Se tal é válido para o conceito fundamental que determina o âmbito de aplicação da convenção, não se pode logicamente chegar a uma conclusão diferente quando se trata dos conceitos que estabelecem as excepções ao âmbito de aplicação da convenção. No interesse de uma aplicação uniforme da mesma, estas devem evidentemente receber igualmente uma definição uniforme. Uma concepção diferente seria contrária à vontade comum dos Estados contratantes, manifestada no momento da elaboração da convenção de execução, de ver o âmbito de aplicação da referida convenção completar a convenção relativa à falência que se encontra actualmente em fase de preparação (v. Schlosser — «Konkurs und konkursähnliche Verfahren im geltenden Europarecht», in *Festschrift für Friedrich Weber,* 1975, p. 396).

3. Antes de analisar a interpretação do conceito de «falências, concordatas e outros processos análogos», permitam-nos resumir em primeiro lugar o que foi exposto durante o processo relativamente à evolução e às características da responsabilidade dos administradores de pessoas colectivas, estabelecida no artigo 99.° da Lei francesa n.° 67 563, e que, aparentemente, não existe sob forma comparável nas ordens jurídicas de outros Estados-membros.

Segundo pensamos saber, originariamente, a responsabilidade dos administradores de pessoas colectivas apenas se encontrava regulada — quer em França quer nas ordens jurídicas de todos os Estados-membros — no âmbito do direito das sociedades. Por conseguinte, a responsabilidade dos membros do conselho de administração de uma sociedade anónima — disposições análogas eram aplicáveis à sociedade por quotas — era imputada com base em princípios gerais do direito, a saber, por erros e negligência na gestão, nos termos da responsabilidade dos mandatários remunerados prevista pelo Código Civil.

Em 1940, foi introduzida uma alteração em relação às sociedades anónimas, depois exten-

siva, a partir de 10 de Maio de 1953, às sociedades por quotas, em virtude da qual o passivo de uma pessoa colectiva apurado no momento de um processo de liquidação de patrimónios podia, no caso de insuficiência do activo, ser imputado aos administradores da pessoa colectiva. Também neste caso, como foi referido, se tratava efectivamente de uma responsabilidade por erro e negligência. Ainda, segundo o que foi alegado, a inovação consistiu essencialmente numa inversão do ónus da prova, a saber, o administrador implicado apenas podia ilidir a sua responsabilidade fazendo prova da diligência e da actuação adequadas na gestão dos assuntos sociais, exigidas de um mandatário remunerado. Além disso, a responsabilidade não se encontrava ligada à verificação de um dano e, para a jurisprudência, era aplicável igualmente aos administradores de facto de uma pessoa colectiva; a este respeito, o tribunal tinha a faculdade de decidir se os administradores de uma pessoa colectiva, e quais de entre eles, deviam suportar o pagamento das dívidas sociais.

A Lei n.° 67 563 deu em seguida um novo passo. Esta lei, como é referido no estudo apresentado pelo recorrido, reforçou ainda os aspectos do direito da a falência no âmbito da responsabilidade dos administradores de pessoas colectivas. Não existe na lei — e tal é aplicável aos administradores quer de direito quer de facto — uma referência aos princípios gerais do direito das obrigações; deixa também de haver referência à actuação e à diligência de um mandatário remunerado. Por conseguinte, doravante, não é suficiente — e por tal razão seria preferível falar de uma presunção de responsabilidade em vez de uma presunção de erro — fazer prova de uma gestão irrepreensível; o administrador de uma pessoa colectiva deve, em contrapartida, demonstrar que fez tudo o que podia para salvaguardar os interesses da mesma. Além disso, convém recordar — o que resulta já dos termos citados do artigo 99.° da lei francesa — que o administrador de uma pessoa colectiva pode ser demandado não só a pedido do síndico da falência ou da concordata judicial mas também, oficiosamente, pelo tribunal competente em relação à falência. Acrescente-se, como elemento relevante, que a acção prescreve passados três anos a contar da aprovação definitiva dos créditos, que o tribunal pronuncia, no caso de a dívida social não estar paga, «a concordata judicial ou a liquidação dos bens dos administradores responsáveis pela totalidade ou parte do passivo da pessoa colectiva» (artigo 100.°), e que o tribunal «pode declarar a falência individual ou a proibição de dirigir, gerir, administrar ou controlar quer qualquer empresa comercial quer apenas uma pessoa colectiva, contra o devedor ou, caso se trate de uma pessoa colectiva comercial, contra os administradores de direito ou de facto, aparentes ou ocultos, remunerados ou não» (artigo 108.°).

4. Permitam-nos ainda consagrar algumas observações preliminares ao método de interpretação.

a) Como é do conhecimento do Tribunal, a Comissão, quando se referiu ao relatório Jenard sobre a convenção de execução, sublinhou a necessidade de conferir uma interpretação extensiva às disposições que delimitam o seu âmbito de aplicação porque se trata de um acordo geral, e de considerar, em contrapartida, as excepções previstas em termos estritos a fim de assegurar a eficácia da convenção.

A este respeito, pode observar-se, sem que seja necessário contestar em princípio a tese referida, que existem no mínimo algumas dúvidas quanto àquestão de saber se é igualmente aplicável a um domínio — como o da falência — relativamente ao qual está igualmente prevista uma convenção e cuja elaboração se supõe estar iminente, embora o objectivo inicial da sua entrada em vigor simultânea com a convenção de execução não tenha sido possível. Neste domínio — se bem

compreendemos, a conclusão deduzida do relatório Jenard foi efectuada num contexto diferente —, é efectivamente necessário aguardar que exista daqui a pouco tempo uma regulamentação comunitária uniforme e tão eficaz quanto a convenção de execução. Por outro lado, não se deve negligenciar o facto de uma interpretação extensiva da convenção apresentar o risco de uma intervenção na competência para celebrar a convenção relativa às falências.

De qualquer modo, deve no entanto considerar-se, a respeito da exigência de uma interpretação extensiva da convenção de execução, que uma delimitação determinada do âmbito de aplicação desta convenção não pode ser justificada desta forma quando resulta indefensável devido à própria natureza da matéria, a saber, em consideração ao objecto dos domínios que devem ser delimitados.

b) A Comissão, aliás, deu a impressão de ter baseado claramente a sua argumentação no anteprojecto de convenção sobre falências que foi apresentado ao Tribunal.

Isto parece-nos igualmente levantar algumas reservas e adoptamos a opinião contrária de que o ponto de partida determinante para a interpretação deve ser procurado na convenção que se encontra já em vigor. Com efeito, embora se possa admitir que um grande número de disposições do anteprojecto sejam provavelmente incluídas na convenção definitiva, não existe porém qualquer certeza a este respeito. O artigo 12.° do anteprojecto que foi invocado durante o processo demonstra precisamente isso. Inicialmente, estava redigido da forma seguinte:

«Os órgãos jurisdicionais do Estado contratante onde foi declarada a falência de uma sociedade ou pessoa colectiva são exclusivamente competentes para apreciar as acções relativas à responsabilidade decorrente da sua gestão pelas pessoas referidas no artigo 2.° do anexo I. Apenas o síndico da falência da sociedade ou da pessoa colectiva tem capacidade para agir.»

Na sequência das discussões que tiveram lugar em Novembro de 1978, nomeadamente também devido às reservas manifestadas por algumas delegações, é necessário, pelo contrário, partir agora da seguinte formulação que, provisoriamente, apenas existe em língua francesa:

«Os órgãos jurisdicionais do Estado contratante onde foi declarada a falência de uma sociedade ou pessoa colectiva são exclusivamente competentes para apreciar as acções relativas

a) à responsabilidade decorrente da sua gestão por qualquer administrador dessa sociedade ou dessa pessoa colectiva, para reparar o prejuízo sofrido pela mesma,

...»

Assim, apenas com grande cuidado se deve recorrer ao anteprojecto de convenção sobre falências, podendo, no máximo, limitar-se a constatar que tal documento confirma e corrobora uma interpretação da convenção de execução elaborada essencialmente por outras vias.

Raciocínio análogo aplica-se naturalmente à tese referida na acta das discussões de 15,

16 e 17 de Novembro de 1978, tese que, de resto, só épartilhada por uma *maioria* das delegações e nos termos da qual uma decisão proferida contra o administrador de uma sociedade, com base numa acção de responsabilidade, não releva do artigo 1.°, segundo parágrafo, n.° 2, da convenção de execução quando não implica a «liquidação colectiva», antes fazendo parte das matérias civil e comercial. Esta acepção impõe-se tanto mais quanto o extracto da acta não revela claramente se foi efectuada, a este respeito, a distinção entre as acções de responsabilidade em geral e as acções de responsabilidade do direito da falência.

c) Finalmente, pode também assinalar-se neste contexto que várias outras circunstâncias, que surgiram igualmente durante o processo, não revestem manifestamente qualquer importância determinante para efeito da interpretação da convenção de execução.

Assim, o facto de a disposição francesa em causa ter sido retomada numa lei do direito da falência é por si só certamente pouco significante.

A mesma conclusão é igualmente aplicável na determinação da competência segundo o direito nacional, pois «a natureza do órgão jurisdicional» é pouco relevante nos termos do artigo 1.° da convenção.

Finalmente, o mesmo sucede no que se refere ao facto de terem sido empregues fórmulas do direito civil para a acção em causa, e de ela ter, em certa medida, o carácter de uma acção de direito civil. A este respeito, o agente do Governo federal referiu-se justamente à responsabilidade dos herdeiros em relação às dívidas sucessórias, que, devido ao facto de o domínio do direito das sucessões ter sido excluído da convenção de execução, não é abrangida pela convenção, apesar das fórmulas de direito civil utilizadas. A este respeito, foi ainda feita referência ao conceito de «local de execução», empregue no acórdão proferido no processo 29/76, e que não excluía a presunção de um litígio de direito público.

5. Se examinarmos, em consequência, a questão de saber como se deve interpretar a expressão «as falências, as concordatas e outros processos análogos» do artigo 1.° da convenção de execução, consideramos correcta a base de partida do recorrido. Na sua opinião, em primeiro lugar, há que determinar a natureza da falência e dos processos análogos por referência aos princípios aplicáveis neste âmbito nas ordens jurídicas dos Estados-membros. Deve então reconhecer-se que se trata, em tais processos de insolvência, de inventariar e de realizar em dinheiro, sob o controlo de um síndico nomeado oficialmente, o património de uma pessoa insolvente ou excessivamente endividada, a fim de efectuar o reembolso proporcional dos credores. O objecto essencial de tal procedimento consiste, assim, no inventário completo do património do devedor no âmbito de um processo especialmente concebido para este efeito.

No que diz respeito aos processos especiais ligados a uma falência, o relatório Jenard contém um elemento útil, ao observar que estes processos podem ser considerados como fazendo parte da falência quando decorrem directamente da mesma. De resto, tal formulação é igualmente utilizada no n.° 4 do artigo 22.° do Tratado Benelux, que regula este domínio, mas que ainda não entrou em vigor. Nos tratados bilaterais correspondentes, tal como o tratado franco-belga de 8 de Julho de 1899, ou o tratado belga-neerlandês de 28 de Fevereiro de 1925, é determinante saber se a acção proposta tem como fundamento a falência e se se pretende invocar um efeito jurídico previsto pelo direito da

falência (v. Schlosser, *loc. cit.*, p. 406). Assim, importa estabelecer, relativamente aos processos especiais, se estes apresentam um vínculo objectivo muito estreito com um processo de falência, de modo que as suas regras e especificidades tenham, por assim dizer, por efeito determinar a natureza dos referidos processos.

Tal é indubitavelmente aplicável às acções, como as que decorrem da acção de nulidade dos actos do falido e existentes apenas no âmbito da falência, que são assim possíveis com base no direito da falência e não simplesmente modificadas por este último. Remetemos, a este respeito, para o relatório de Nöel-Lemontey sobre o anteprojecto de convenção sobre a falência, que observa a este propósito que as acções de nulidade dos actos do falido têm a sua origem na falência. Remetemos igualmente para as análises de direito comparado efectuadas por Schlosser no estudo que já referimos várias vezes (p. 407), análises que demonstram que tal possibilidade de acção de nulidade dos actos do falido é conhecida no direito da falência do conjunto dos seis Estados-membros originários da Comunidade.

Contudo, o mesmo se deve admitir em relação às acções que, embora também existam por força do direito comum, são de tal modo alteradas pelo direito da falência que somos obrigados a reconhecer que as suas características gerais se encontram determinadas pelo direito da falência. Tal constitui, na nossa opinião, uma fórmula susceptível de originar decisões claras e que está em perfeita conformidade com as conclusões do relatório Jenard. Esta fórmula abarca igualmente a responsabilidade consagrada pelo artigo 99.° da lei francesa, em causa no presente processo. Tal responsabilidade pressupõe a falência da sociedade; a análise da responsabilidade releva igualmente da competência do tribunal onde corre o processo de falência. A acção de responsabilidade pode ser desencadeada pelo síndico ou mesmo ordenada oficiosamente pelo tribunal e tem por objecto a obrigação de responder pelas dívidas sociais e não a indemnização de um dano concreto. Assinalamos, além disso, uma inversão excepcional do ónus da prova, que, de resto, não se limita à negligência, e que a prova só se considera feita quando se demonstra que o administrador implicado agiu na gestão dos assuntos sociais com a actuação e a diligência necessárias. Finalmente, não se deve deixar de recordar que a falência pessoal do administrador implicado é possível na hipótese de não pagamento das dívidas sociais, podendo ser condenado em sanções que decorrem efectivamente do direito da falência.

Nesta acepção, a interpretação do requerente no processo principal, nos termos da qual apenas de trata de um tipo especial de acção de responsabilidade baseada numa disposição específica do direito civil e comercial em matéria de responsabilidade sujeita a condições especiais, não pode certamente ser considerada pertinente. Tal interpretação confronta-se desde logo com uma comparação entre os artigos 244.° e 248.° do Código das Sociedades francês. Nos termos da primeira disposição, os administradores de uma sociedade por acções são responsáveis quer por infracções às disposições legislativas ou regulamentares aplicáveis às sociedades anónimas, quer por violações dos estatutos, quer por faltas praticadas na sua gestão, e trata-se neste caso — segundo os comentários — da indemnização do prejuízo, sendo a noção de «falta» determinante. Por outro lado, o artigo 248.° estabelece:

«Em caso de concordata judicial ou de liquidação dos bens da sociedade, as pessoas referidas na legislação relativa à concordata judicial, à liquidação dos bens, à falência pessoal e à bancarrota podem ser responsabilizadas pelo passivo social nas condições previstas pela dita legislação.»

Mais convincente, em contrapartida, é a interpretação desenvolvida pelo recorrido, sublinhando que o verdadeiro objectivo do processo em causa seria obter um inventário completo dos elementos do activo de uma sociedade em falta, quer dizer, tratar-se-ia de um tipo de restituição em espécie visando restabelecer a situação que se verificaria se não tivesse sido praticada a gestão lesiva. Contudo, caso se trate de uma compensação da diminuição da massa, dever-se-á então considerar, tendo em conta a função do procedimento previsto pelo artigo 99.° da Lei francesa n.° 67 563, como uma integração evidente no processo de falência.

Em apoio desta tese, nos termos da qual importa saber se uma acção tem o seu fundamento na falência, o agente do Governo federal remeteu ainda, com razão, para o artigo 27.° da convenção de execução, o qual prevê, no âmbito do reconhecimento das decisões, a apreciação, pelo tribunal do Estado requerido, de determinadas questões prévias relativas, por exemplo, ao estado das pessoas singulares. Mas, se isto apenas é aplicável aos domínios excluídos pelo artigo 1.°, segundo parágrafo, n.° 1, da convenção e não ao direito da falência, deve então haver uma limitação cuidadosa do âmbito de aplicação da convenção em relação a acções cuja condição de facto é a abertura de um processo de falência.

6. Todavia, não podemos concluir deste modo a análise do presente processo, sem referir também o anteprojecto de convenção sobre a falência, citado várias vezes, no qual a Comissão se baseou em substância, a fim de estabelecer se o mesmo é susceptível de pôr em causa o resultado a que chegámos até ao momento.

A Comissão considera relevante, por um lado, que a convenção sobre a falência não estabeleça uma definição geral dos processos que são excluídos da convenção de execução e referidos no artigo 1.°, segundo parágrafo, n.° 2, desta última. Estes processos são, em contrapartida, enumerados num protocolo anexo à convenção sobre a falência e o seu âmbito de aplicação encontra-se assim definido. Contudo, dado que — como a Comissão defende — o procedimento do artigo 99.° da lei francesa relativa à liquidação de patrimónios não está incluído na enumeração prevista, não se pode considerar que o mesmo entre no âmbito de aplicação da convenção sobre a falência. Se, por outro lado, sempre na opinião da Comissão, o artigo 12.° desta convenção faz referência a processos como aqueles previstos no artigo 99.° da lei francesa, tal tem apenas como objectivo fundamentar uma competência especial e não pretende indicar que estes processos são em geral abrangidos pelo âmbito de aplicação da convenção sobre a falência. De qualquer modo, a Comissão considera significativo o facto de o artigo 61.° do projecto desta convenção submeter o reconhecimento e a execução de decisões sobre as acções de responsabilidade, referidas no artigo 12.°, àconvenção de execução, o que, entretanto, reveste apenas um valor *declaratório,* tendo em consideração as outras conclusões que convém deduzir no que se refere à convenção sobre a falência e que referimos anteriormente.

Abstraindo das reservas de princípio suscitadas pela tomada em consideração determinante do projecto de convenção sobre a falência, tal argumentação não nos parece convincente.

Na nossa opinião, a conclusão de que apenas os processos expressamente referidos no protocolo relativo à convenção sobre a falência poderiam ser considerados como fazendo parte do domínio da falência não tem justificação. Com efeito, unicamente os processos que se convencionou designar por

processos originários são, no essencial, aí referidos. A sua inclusão na convenção sobre a falência deve, assim, poder ser igualmente deduzida de outras disposições, pois, caso contrário, a convenção de execução seria aplicável a processos que resultam directamente da falência e aos quais, na opinião do relatório Jenard, já referido, esta convenção não se deve precisamente aplicar.

No que diz respeito, por outro lado, ao valor e ao significado do reenvio previsto no artigo 61.° do projecto de convenção sobre a falência, não se pode apenas referir, relativamente à opinião de que tal disposição apenas teria um valor declaratório, que não é concebível que o legislador tenha previsto a introdução na convenção de uma disposição supérflua e, por consequência, desconcertante. Também não se deve ignorar, nomeadamente, o facto de o artigo 61.° referir igualmente os processos visados no artigo 17.° da convenção sobre a falência. Ora, para um determinado número destes processos, não se pode duvidar — recordamos a este respeito o estudo de Schlosser, mencionado várias vezes — que têm por objecto acções características do direito da falência. Por conseguinte, é possível admitir que os artigos 12.° e 17.° da convenção sobre a falência não constituem somente normas de competência, e supor que o seu objecto se destina a incluir tais matérias na convenção, tese que, de resto, é fundamentada igualmente pelas disposições do n.° 4 do artigo 59.° da convenção sobre a falência. Além disso, tal permite atribuir um efeito constitutivo à referência contida no artigo 61.° da convenção sobre a falência.

Aliás, esta interpretação da convenção sobre a falência revela-se perfeitamente lógica; tem por efeito permitir o reconhecimento de decisões relativas a acções que pressupõem uma falência executória e que fazem parte do processo da falência apenas quando o reconhecimento geral de uma falência é garantido mediante uma convenção particular.

7. Consequentemente, propomos ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma ao pedido de decisão prejudicial submetido pelo Bundesgerichtshof:

A exclusão enunciada no artigo 1.°, segundo parágrafo, n.° 2, da convenção de execução visa, para além dos processos originários, igualmente os processos ligados à instância da falência que pressupõem imperativamente uma falência da qual decorrem directamente. Tal é aplicável aos processos que dizem respeito às acções que só existem no direito da falência bem como às acções que existem igualmente no direito civil em geral, embora sujeitas, no direito da falência, a uma alteração de tal forma decisiva que deverão, em virtude da sua finalidade, ser consideradas como relevando do direito da falência.