

# Hoofdstuk 1

## Inleiding

### 1.1 Inleiding

Met de toenemende internationale handel neemt ook het aantal insolventieprocedures toe waaraan internationale aspecten kleven. Ondernemingen kunnen vermogensbestanddelen in verschillende landen hebben. Een debiteur kan schulden hebben aan crediteuren in een ander land dan het land waar hij zijn hoofdzetel heeft. Zekerheidsrechten kunnen zijn verleend op goederen die zich in het buitenland bevinden. Problemen rijzen wanneer in dergelijke gevallen tegen de debiteur een saneringsprocedure of een liquidatieprocedure (in Nederland een surseance van betaling respectievelijk een faillissement) wordt geopend. Vallen vermogensbestanddelen in het buitenland in de boedel? Wanneer in land A een faillissement wordt uitgesproken, is individueel beslag op goederen die zich in land B bevinden dan nog mogelijk? Hebben de buitenlandse schuldeisers daarbij dezelfde rechtspositie als de binnenlandse? Wat, indien een zekerheidsrecht is gevestigd naar het recht van land A op een goed dat zich bevindt in land B, en het recht van land B dat zekerheidsrecht niet kent? Heeft een curator bevoegdheden in het buitenland, en kan hij daar bijvoorbeeld een banktegoed opeisen om dat te verdelen onder de schuldeisers in zijn eigen land? Wordt een faillissement van een natuurlijk persoon erkend in een land waar slechts rechtspersonen failliet kunnen worden verklaard? Als in het ene land een bepaalde wijze van beëindiging van een insolventieprocedure tot gevolg heeft dat de restantschulden worden kwijtgescholden of worden omgezet in natuurlijke verbintenissen, kan de schuldenaar op dit gevolg dan ook voor een buitenlandse rechtbank een beroep doen? Deze en vele andere vragen kunnen zich voordoen wanneer een insolventieprocedure met een grensoverschrijdend karakter wordt geopend.

In de literatuur over de theoretische beginselen met betrekking tot de gevolgen in de ene Staat van een insolventieprocedure in een andere Staat worden verschillende benaderingen genoemd. De belangrijkste zijn het territorialiteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel. Deze beginselen hebben betrekking op het antwoord op de vraag of een insolventieprocedure werking heeft in andere Staten dan de Staat waar deze is geopend. Op zichzelf is daarmee nog niets gezegd over het toepasselijke recht. Voorstelbaar is dat sommigen van mening zijn dat een procedure die is geopend in een andere Staat wel in de eigen Staat gevolgen zou moeten hebben, maar dat zij het niet erover eens zijn door welk recht die gevolgen zouden moeten worden beheerst: het recht van de Staat waar de gevolgen worden erkend, de *lex concursus*, of misschien nog wel een ander recht. Het spreekt overigens voor zich dat ik hier louter aandacht besteed aan de *rechtsgevolgen* van een insolventieprocedure. Het gaat dus niet om economische, politieke of nog andere gevolgen.

## 1.2 Benaderingen in de theorie

### 1.2.1 Territorialiteitsbeginsel

Onder het territorialiteitsbeginsel versta ik het beginsel dat een insolventieprocedure geen gevolgen kan hebben in een andere Staat dan de Staat van opening.<sup>1</sup> Wie bij de toepassing van dit beginsel het gehele vermogen van de schuldenaar in een verdeling wil betrekken, zal dus in elke Staat waar dat mogelijk is, een insolventieprocedure moeten uitlokken.<sup>2</sup> Daarmee is direct een van de grootste nadelen van het territorialiteitsbeginsel gegeven: het leidt tot een veelvoud van procedures. Dat leidt tot veel kosten, al was het maar omdat in elke Staat waar een insolventieprocedure wordt geopend een curator moet worden benoemd. Bovendien is het niet altijd mogelijk om in een Staat een insolventieprocedure te openen, bijvoorbeeld omdat de aanwezigheid in die Staat zo gering is dat de rechter zich op grond van zijn eigen recht niet bevoegd acht. In dat geval zullen slechts individuele verhaalsacties uitkomst kunnen bieden. Dat leidt tot een wedloop van over elkaar buitelandse schuldeisers, die elk als eerste beslag trachten te leggen op die activa. Kleine schuldeisers, die niet de kennis, noch de middelen hebben om in elke Staat waar zich activa bevinden, gebruik te maken van de mogelijkheden die het recht van die Staat hun biedt, lopen de grootste kans achter het net te vissen. Westbrook noemt dit dan ook de 'grab rule'.<sup>3</sup> Een ander groot nadeel is dat de schuldenaar nog steeds beschikkingsbevoegd is in Staten waar nog geen insolventieprocedure is geopend en in Staten waar een buitenlandse insolventieprocedure geen gevolgen heeft. Dat biedt de schuldenaar de mogelijkheid activa te verplaatsen.

### 1.2.2 Universaliteitsbeginsel

Onder het universaliteitsbeginsel heeft een in een bepaalde Staat geopende insolventieprocedure werking in andere Staten. Drobniġ onderscheidt actieve universaliteit en passieve universaliteit.<sup>4</sup> Onder actieve universaliteit verstaat hij dat de Staat van opening pretendeert dat de insolventieprocedure alle activa van de debiteur omvat, waar zij zich ook bevinden. Onder passieve universaliteit verstaat hij dat een Staat toestaat dat de gevolgen van een procedure, geopend in het buitenland, volledig effect hebben in het eigen land. Ik meen dat niet alleen zou moeten worden gekeken naar de activa, maar ook naar de passiva: onder onversneden universaliteit moet worden aanvaard dat ook de omzetting in een insolventieprocedure van een schuld in een natuurlijke verbintenis werkt in alle andere Staten.<sup>5</sup> Dat laat onverlet

1. Zie meer uitgebreid A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1995 (eerste druk), p. 12-55; Deventer: Kluwer 2011 (tweede druk), p. 12-41.

2. Zie bijvoorbeeld D.H. Beukenhorst, 'Het internationale faillissementsrecht', in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu*, Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 159 e.v., i.h.b. p. 164; U. Drobniġ, 'Cross-border Insolvency: General Problems', in: *Special Issue of FORUM Internationale, Seminar on the occasion of the Tenth Anniversary of FORUM Internationale*, Deventer: Kluwer 1993, p. 12.

3. J.L. Westbrook, 'Choice of avoidance law in global insolvencies', *Brooklyn Journal of International Law* 1991, p. 399 e.v., ook raadpleegbaar op de website van het *International Insolvency Institute*.

4. Drobniġ, a.w., p. 13.

5. Deze vraag kwam aan de orde in het hierna te bespreken *Vleeschmeesters*-arrest uit 1996 (HR 31 mei 1996, NJ 1998/108, m.nt. ThMdB; JOR 1996/75, m.nt. P.M. Veder; AA 1997, p. 237, m.nt. P. Vlas). Het antwoord dat de Hoge Raad destijds gaf, kwam erop neer dat de omzetting in het buitenland van

dat het onderscheid tussen actieve universaliteit en passieve universaliteit zinvol is. De voordelen van het universaliteitsbeginsel zijn het spiegelbeeld van de nadelen van het territorialiteitsbeginsel. Niet in elke Staat waar de schuldenaar vermogensbestanddelen heeft, behoeft een insolventieprocedure te worden uitgelokt. Het is daarom minder kostbaar. In Staten waar de schuldenaar niet kan worden onderworpen aan een insolventieprocedure vindt geen wedloop tussen schuldeisers plaats; de *grab rule* vindt geen toepassing. Curatoren kunnen gemakkelijk in het buitenland opereren teneinde de daar gelegen activa in de verdeling van de boedel te betrekken. Het ligt voor de hand dat Staten pretenderen dat de op hun eigen grondgebied geopende insolventieprocedures werking hebben in het buitenland.<sup>6</sup> Vroeger waren Staten minder geneigd toe te staan dat een in een andere Staat geopende insolventieprocedure werking zou moeten hebben op hun eigen grondgebied. De tendens is dat Staten hun gereserveerdheid tegenover het universaliteitsbeginsel met betrekking tot het inkomende verkeer enigszins laten varen.

### 1.2.3 Mengvormen

Noch het territorialiteitsbeginsel noch het universaliteitsbeginsel wordt onverkort toegepast. Iedere regeling bevat een eigen mengvorm. Zo gaat de Insolventieverordening binnen de Europese Unie wel uit van het universaliteitsbeginsel, maar kent deze regeling tevens de mogelijkheid van territoriale procedures, hetgeen afbreuk doet aan het universele karakter van de verordening. Staten zullen zelden 'automatisch' op hun eigen grondgebied gevolgen toekennen aan in andere landen geopende insolventieprocedures, en zullen verlangen dat de buitenlandse curator eerst een zekere erkenningsprocedure volgt.

## 1.3 Opzet van dit boek

Dit boek is als het ware een drieluik.

In hoofdstuk 2 zal het huidige Nederlandse recht met betrekking tot grensoverschrijdende insolventieprocedures in verhouding tot derde landen (Staten die geen lidstaat van de Europese Unie zijn) worden besproken, zowel wat betreft de erkenning in Nederland van buitenlandse insolventieprocedures, als de werking in andere Staten van Nederlandse insolventieprocedures.

In hoofdstuk 3 zal de Insolventieverordening worden besproken. Deze Verordening geldt voor EU-lidstaten, met uitzondering van Denemarken. De oorspronkelijke Insolventieverordening dateert van 2000.<sup>7</sup> Deze Verordening is herzien in 2015 (herschikking); verreweg de meeste artikelen zijn in werking getreden op 26 juni 2017.<sup>8</sup> De nieuwe Insolventieverordening zal worden besproken. Waar nuttig zal

---

een schuld in een natuurlijke verbintenis niet ertoe kon leiden dat schuldeisers zich niet meer konden verhalen op in Nederland gelegen goederen.

6. Zie HR 15 april 1955, *NJ* 1955/542.

7. Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEG* 2000, L 160.

8. Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *PbEU* 2015, L 141, p. 19 e.v.

een vergelijking worden gemaakt met de oude Insolventieverordening. Bovendien zal de jurisprudentie van het Hof van Justitie met betrekking tot de oude Insolventieverordening aan bod komen.

In hoofdstuk 4 zal de Uncitral Modelwet worden besproken.<sup>9</sup> De Modelwet heeft het karakter van een aanbeveling: de Verenigde Naties beveelt Staten over de gehele wereld aan deze tekst op te nemen in de eigen wetgeving. Nederland heeft deze Modelwet niet of nog niet overgenomen, maar sommige andere Staten, waaronder de Verenigde Staten van Amerika, wel.

---

9. Raadpleegbaar op [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

## Hoofdstuk 2

# Gevallen die niet onder de Insolventieverordening vallen

### 2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk komen aan de orde de gevallen die niet onder de Insolventieverordening vallen. Niet onder de Insolventieverordeningen vallen in de eerste plaats de verhoudingen met derde landen, dus de Staten die geen lidstaat van de Europese Unie zijn. Zoals in § 88 van de considerans nog eens is gememoreerd, is de Verordening niet van toepassing op Denemarken op grond van de artikelen 3 en 4bis lid 1 van het Protocol nr. 22, gehecht aan het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. In dit hoofdstuk wordt met het begrip ‘derde land’ dus mede verwezen naar Denemarken.

Op het tijdstip van het afsluiten van het manuscript van dit boek behoorde het Verenigd Koninkrijk nog tot de Europese Unie, maar had de Britse Prime Minister May op 17 januari 2017 wel haar speech gehouden waarin ze haar wens voor een terugtrekking van het Verenigd Koninkrijk uit de Europese interne markt uitsprak. Dat maakt het scenario dat ook het Verenigd Koninkrijk als een derde land moet worden gekwalificeerd waarschijnlijker dan daarvoor.

In dit hoofdstuk gaat het hoofdzakelijk om twee aspecten:

1. Wat is de werking in Nederland van een insolventieprocedure die is geopend in een derde land: het ‘inkomende verkeer’?; en
2. Wat is de werking in een derde land van een insolventieprocedure geopend in Nederland: het ‘uitgaande verkeer’?

### 2.2 De werking in Nederland van een insolventieprocedure die is geopend in een derde land: het ‘inkomende verkeer’

#### 2.2.1 Erkenning – inleiding

Vooraf worden hier de twee beginselen uit hoofdstuk 1 herhaald: het territorialiteitsbeginsel en het universaliteitsbeginsel. Kort gezegd komt het territorialiteitsbeginsel in de meest vergaande variant erop neer dat een insolventieprocedure geen gevolgen kan hebben in een andere Staat dan de Staat waar die procedure is geopend. Het universaliteitsbeginsel komt in de meest vergaande variant erop neer dat een insolventieprocedure volledige werking heeft in andere Staten dan de Staat waar die procedure is geopend. Zoals zal blijken, geldt in Nederland voor het inkomende verkeer *in naam* het territorialiteitsbeginsel, maar is dit zo sterk uitgehold, dat *in wezen* tot op grote hoogte het universaliteitsbeginsel geldt.

De Nederlandse wet bevat geen specifieke bepalingen betreffende de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures in Nederland. Genoemd zou kunnen worden artikel 431 Rv, dat luidt:

1. *Behoudens het bepaalde in de artikelen 985-994, kunnen noch beslissingen, door vreemde rechters gegeven, noch buiten Nederland verleden authentieke akten binnen Nederland ten uitvoer worden gelegd.*
2. *De gedingen kunnen opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan.*

Het artikel wordt in de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de 'tenuitvoerlegging' van in een derde land geopende insolventieprocedure niet uitdrukkelijk genoemd, maar wellicht zou nog wel kunnen worden gezegd dat het artikel impliciet ten grondslag ligt aan de arresten van de Hoge Raad op dit punt. Uit de plaatsing van artikel 431 in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering zou kunnen worden afgeleid dat het artikel betrekking heeft op veroordelende vonnissen, en niet op constitutieve, declaratoire of afwijzende vonnissen. Betoogd zou kunnen worden dat de beslissing tot opening van een insolventieprocedure niet een veroordelend vonnis is, en dat de term 'tenuitvoerlegging' slechts betrekking kan hebben op executabele vonnissen, en dat van een 'tenuitvoerlegging' in strikte zin geen sprake is bij een insolventieprocedure.

Wat er van dit alles zij, noch in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, noch in de Faillissementswet is iets te vinden over de werking in Nederland van een insolventieprocedure, geopend in een derde land. Daarvoor dient men de jurisprudentie van de Hoge Raad te raadplegen.

Hieronder geef ik eerst het voorlopige eindstation van de Hoge Raad op dit punt weer: het arrest *Yukos II* uit 13 september 2013. Voor wie geïnteresseerd is in de voorgeschiedenis van dat arrest, geef ik daarna de aanloop in de jurisprudentie van de Hoge Raad weer.

### 2.2.2 *Yukos II*

In 2006 wordt de Russische onderneming Yukos Oil in Moskou failliet verklaard. Het betreft dus een insolventieprocedure waarop noch de Insolventieverordening noch een verdrag van toepassing is. Met betrekking tot het antwoord op de vraag of deze insolventieprocedure in Nederland moet worden erkend, is op het tijdstip van het afsluiten van het manuscript van dit boek een procedure aanhangig bij het Hof Amsterdam. Het Hof Amsterdam oordeelde dat deze vraag niet in kort geding kan worden behandeld, zodat het nog onduidelijk is of deze Russische insolventieprocedure voor erkenning in Nederland in aanmerking komt dan wel dat erkenning moet worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde. De Russische curator wil goederen in Nederland verkopen en de opbrengst aan de boedel toevoegen. De vraag is of dat aan de curator is toegestaan. Op grond van het Russische recht mag hij dat. De vraag is of hij die bevoegdheid ook mag uitoefenen ten aanzien van in Nederland gelegen goederen. Zou hij dat inderdaad mogen, dan wordt het de onvoldaan gebleven schuldeisers onmogelijk gemaakt zich te verhalen op die in Nederland gelegen goederen. Voor het geval deze insolventieprocedure inderdaad in Nederland wordt erkend, is in Nederland een procedure gevoerd, die heeft geleid

tot het arrest *Yukos II*. In dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de buitenlandse curator die bevoegdheid inderdaad heeft.<sup>10</sup>

De Hoge Raad overweegt:

De Hoge Raad heeft in [Yukos I] geoordeeld dat, voor zover niet bij een Nederland bindende internationale regeling anders is bepaald, een in een ander land uitgesproken faillissement territoriale werking heeft, niet alleen in de zin

- a. dat het daar op het vermogen van de gefailleerde rustende faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten, maar ook in dier voege;
- b. dat de rechtsgevolgen die door het faillissementsrecht van dat andere land aan een faillissement worden verbonden, in Nederland niet kunnen worden ingeroepen voor zover zij ertoe zouden leiden dat onvoldane crediteuren zich niet meer kunnen verhalen op – tijdens of na afloop van het faillissement – in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van de (voormalige) gefailleerde;
- c. aan de werking in Nederland van andere gevolgen van een in het buitenland uitgesproken faillissement staat dit territorialiteitsbeginsel niet in de weg.

Deze regels, waarin de beslissing van een drietal eerdere arresten werd herhaald [*Hiret/Chiotakis, de Vleeschmeesters en Gustafsen/Mosk, toevoeging auteur*]<sup>11</sup>, brengen ten aanzien van in het buitenland uitgesproken faillissement mee (...) dat de curator in dat faillissement in beginsel ook met betrekking tot in Nederland aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort – maar waarop het faillissementsbeslag niet rust –, beheers- en beschikkingshandelingen kan verrichten, mits de curator daartoe naar het recht van dat andere land (de *lex concursus*) bevoegd is (regel c). De buitenlandse curator kan derhalve, indien hij daartoe de bevoegdheid aan de *lex concursus* ontleent, de zich in Nederland bevindende vermogensbestanddelen vervreemden en de opbrengst daarvan ten goede laten komen aan de faillissementsboedel, met dien verstande dat ingevolge regel (a) tot aan het moment van levering gelegde beslagen moeten worden gerespecteerd, aangezien de vermogensbestanddelen niet onder het faillissementsbeslag vallen.

Regel (b) staat aan het vorenstaande niet in de weg. Om die regel tot zijn recht te laten komen is voldoende dat, zolang tijdens of na afloop van het faillissement vermogensbestanddelen toebehorend aan de (voormalige) gefailleerde in Nederland aanwezig zijn, onvoldane schuldeisers zich daarop kunnen verhalen.

10. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668, RI 2013/107; NJB 2013/2016; RvdW 2013/1062; J.R. Berkenbosch, 'De bijdrage van de Hoge Raad aan het Rusland-jaar: de automatische erkenning van een niet-EU-faillissement', *Tvl* 2014/6; *NJ* 2014/454, m.nt. ThMdB; *JOR* 2015/50, m.nt. R.I.V.F. Bertrams; *Ondernemingsrecht* 2014/41, m.nt. M. Reumers; *JBP* 2014/16, m.nt. T.M. Bos; zie ook A.J. Berends, 'Internationaal insolventierecht: wat is er nog over van het territorialiteitsbeginsel?', *Tvl* 2014/33; J. van Hees, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2014/799, onder het kopje 'varia'. Zie voor de conclusie van de A-G ECLI:NL:PHR:2013:BZ5668.

11. Zie hierna.

Regel (b) gaat niet zo ver dat die vermogensbestanddelen buiten de normale afwikkeling van het buitenlandse faillissement zouden moeten blijven. Het territorialiteitsbeginsel verzet zich niet ertegen dat de beschikingsbevoegdheid van de schuldenaar overgaat op de buitenlandse curator, zodat deze ook de in Nederland gelegen boedelbestanddelen — met respectering van daarop inmiddels gelegde beslagen — ten bate van de gezamenlijke schuldeisers te gelde kan maken.

De Hoge Raad spreekt dus nog steeds van ‘territoriale werking’, en zet zijn beslissing in het teken van het territorialiteitsbeginsel. Men houde evenwel goed in het oog dat de Hoge Raad dit territorialiteitsbeginsel sterk heeft uitgekleed. Van het territorialiteitsbeginsel is zeer weinig meer over. In de woorden van De Boer: het territorialiteitsbeginsel blokkeert alleen nog de gevolgen van een buitenlands faillissement als *algemeen beslag*: vóór de faillietverklaring gelegde beslagen op in Nederland aanwezige baten komen dus niet te vervallen, en zolang die activa na de faillietverklaring niet door de curator aan een derde zijn verkocht en geleverd, bieden zij individuele crediteuren nog steeds een mogelijkheid tot verhaal.<sup>12</sup>

Samengevat in de woorden van Wessels: een in het buitenland geopende insolventieprocedure heeft met uitzondering van hier te lande gelegde beslagen rechtswerking in Nederland.<sup>13</sup> Ik voeg daaraan toe dat die procedure hier rechtswerking heeft zonder dat een werkelijke toets plaatsvindt, noch voorafgaand aan de erkenning, noch na de erkenning.

### 2.2.3 Voorgeschiedenis van *Yukos II*

Voor wie de regels betreffende het inkomende verkeer wil kennen, kan het voldoende zijn om het arrest *Yukos II* te kennen. Voor een goed begrip van de ontwikkeling van de jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt, wordt hieronder de aanloop naar *Yukos II* besproken.<sup>14</sup>

Als het eerste arrest van de Hoge Raad op dit punt moet het arrest *Hiret/Chiotakis* uit 1967 worden genoemd.<sup>15</sup> In dit arrest overwoog de Hoge Raad:

Naar Nederlands recht, behoudens voor zover bij verdrag anders is bepaald, [omvat] een op het vermogen van een in een ander land gefailleerde aldaar rustend faillissementsbeslag niet mede zijn in Nederland aanwezige baten; het [was] ook reeds het standpunt van de Nederlandse Regering tijdens de voorbereidingen van de Faillissementswet, dat de in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van een in een ander land gefailleerde slechts ingevolge een verdrag aan het vorderings- en verhaalsrecht van diens individuele crediteuren kunnen worden onttrokken.

12. Noot De Boer onder NJ 2014/545.

13. Aldus samengevat door B. Wessels, in zijn noot onder Bundesgerichtshof Zwitserland 27 maart 2015, JOR 2015/219.

14. Zie ook A.J. Berends, ‘Internationaal insolventierecht: wat is er nog over van het territorialiteitsbeginsel?’, *Tvl* 2014/33.

15. HR 2 juni 1967, ECLI:NL:HR:1967:AB3520, NJ 1968/16, m.nt. H.E. Bröring.

Op grond van deze overwegingen, in het bijzonder de eerste zin, had nog kunnen worden gedacht dat aan een buitenlandse insolventieprocedure iedere werking in Nederland moet worden ontzegd.

Een volgend arrest is het *Vleeschmeesters*-arrest.<sup>16</sup> In het in dit arrest berechte geval ging het om een natuurlijke persoon wiens schulden in Frankrijk aan het einde van een Franse insolventieprocedure waren omgezet in natuurlijke verbintenissen. Daarop keerde de persoon terug naar Nederland. De vraag was of de omzetting in natuurlijke verbintenissen door de Franse rechter op grond van Frans recht verhinderde dat schuldeisers in Nederland hun vordering konden innen door middel van loonbeslag. De Hoge Raad overwoog:

Voor zover niet bij een Nederland bindend verdrag anders is bepaald, heeft een in een ander land uitgesproken faillissement territoriale werking, niet alleen in de zin dat

1. het daar op het vermogen rustende faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten (...), maar ook
2. in dier voege dat de rechtsgevolgen die door het faillissementsrecht van dat andere land aan een faillissement worden verbonden, in Nederland niet kunnen worden ingeroepen voor zover zij ertoe zouden leiden dat onvoldane crediteuren zich niet meer kunnen verhalen op – tijdens of na afloop van het faillissement – in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van de (voormalige) gefailleerde.

In dit arrest verwijst de Hoge Raad uitdrukkelijk naar de territoriale werking; in het arrest *Hiret/Chiotakis* had de Hoge Raad die term nog niet gebruikt. Ook na dit arrest had misschien nog kunnen worden gedacht dat aan een buitenlandse insolventieprocedure iedere werking in Nederland moet worden ontzegd, al lijkt de kans dat dat de juiste interpretatie is, kleiner geworden.

Een daar weer op volgend arrest is het arrest *Gustafsen/Mosk*.<sup>17</sup> Dit arrest ging niet zozeer over de werking in Nederland van een buitenlandse insolventieprocedure als wel om de vraag door welk recht een *actio pauliana* wordt beheerst. De Hoge Raad herhaalt dat het territorialiteitsbeginsel – ook nu weer uitdrukkelijk genoemd – volgens het arrest *Hiret/Chiotakis* met zich meebrengt dat een op het vermogen van een in een ander land gefailleerde schuldenaar in dat land rustend faillissementsbeslag niet mede diens in Nederland aanwezige baten omvat. De vraag is vervolgens of een buitenlandse curator in Nederland een *actio pauliana* kan instellen. De Hoge Raad beslist dat dit inderdaad het geval is, omdat deze vordering niet

16. HR 31 mei 1996, NJ 1998/108, m.nt. ThMdB; AA 1997/237, m.nt. P. Vlas; JOR 1996/75, m.nt. P.M. Veder; T.M. Bos, 'Discharging a bankruptcy in France and the recovery of an undischarged claim against a debtor in the Netherlands', NILR 1996, p. 390 e.v.

17. HR 24 oktober 1997, NJ 1999/316, m.nt. ThMdB; JOR 1997/77, m.nt. H.L.E. Verhagen. Zie ook T.M. Bos, NILR 1998, p. 262; E.B. Rank-Berenschot, 'Buitenlands faillissement in Nederland', Adv.bl. 1998, p. 313 e.v.; R.J. van Galen & J.C. van Apeldoorn, 'Grensoverschrijdende aspecten van insolventieprocedures buiten verdrag', in: R.J. van Galen, J.C. van Apeldoorn & A.J. Berends, *Grensoverschrijdende insolventieprocedures, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* 117, Preadviezen, Deventer: Kluwer 1998, p. 125 e.v.

behoort af te stuiten op een mogelijke lokalisering van een dergelijke bate in Nederland.

Zelfs na dit arrest had heel misschien nog kunnen worden gezegd dat er nog ruimte is voor de interpretatie dat een buitenlandse insolventieprocedure in Nederland geen enkel gevolg heeft, dus ook niet een gevolg dat de mogelijkheden van verhaal op in Nederland aanwezige goederen niet zou aantasten. De juistheid van die interpretatie lijkt echter wel onwaarschijnlijker geworden.<sup>18</sup>

De laatste stap in de aanloop naar *Yukos II* was *Yukos I*.<sup>19</sup> Het betrof dezelfde insolventieprocedure als in *Yukos II*. Voor zover in het kader van dit artikel van belang, was Yukos enig aandeelhouder van een Nederlandse vennootschap. De in de Russische insolventieprocedure benoemde curator wilde in Nederland een buitengewone aandeelhoudersvergadering beleggen, waar hij als curator het stemrecht op de aandelen van die Nederlandse vennootschap wilde uitoefenen, en wel met het doel de twee bestuurders van die vennootschap te vervangen. In *Yukos I* ging het, om de A-G te citeren, 'om de vraag of het territorialiteitsbeginsel, dat naar algemeen Nederlands internationaal privaatrecht grenzen stelt aan de erkenning van de rechtsgevolgen van een in het buitenland uitgesproken faillissement, zich ertegen verzet dat de curator in een Russisch faillissement de stemrechten van de gefailleerde rechtspersoon op haar aandelen in een Nederlandse besloten vennootschap uitoefent'. De Hoge Raad herhaalt de twee regels die ik in het citaat van het *Vleeschmeesters*-arrest (1) en (2) heb genummerd. De Hoge Raad vervolgt met de uitdrukkelijke overweging:

Aan de werking in Nederland van andere gevolgen [dan het rechtsgevolg dat onvoldane crediteuren zich niet meer kunnen verhalen op in Nederland aanwezige goederen]<sup>20</sup> van een in het buitenland uitgesproken faillissement staat dit territorialiteitsbeginsel niet in de weg (...).

Daarmee is het laatste restje twijfel, voor zover toen nog aanwezig, weggenomen: het is niet zo dat een buitenlandse insolventieprocedure in Nederland geen enkel gevolg heeft. In dit arrest zei de Hoge Raad wat velen al vermoedden. De territoriale werking van een buitenlandse insolventieprocedure leidt ertoe dat schuldeisers hun mogelijkheden om verhaal te nemen op in Nederland aanwezige goederen niet verliezen, maar die territoriale werking gaat niet zover dat andere gevolgen hier evenmin werken.

Vervolgens neemt de Hoge Raad in aanmerking dat gesteld noch aannemelijk is dat uitoefening van de stemrechten op de aandelen door de Nederlandse vennootschap door de curator tot gevolg zal hebben dat onvoldane crediteuren van Yukos zich niet meer kunnen verhalen op Nederlandse vermogensbestanddelen van Yukos. Dit alles leidde ertoe dat de Russische curator de stemrechten op de aandelen

18. Zie in dit verband ook D.H. Beukenhorst, 'Bespreking van A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht (eerste druk)', *WPNR* 2005/6641, p. 850.

19. HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG3573, *NJ* 2009/456, m.nt. ThMdB; *RI* 2009/18; *RvdW* 2009/85; *JOR* 2009/94, m.nt. P.M. Veder; *NJB* 2009/140; *Ondernemingsrecht* 2009/76, m.nt. M.A. Broeders.

20. Toevoeging door de auteur.

in een Nederlandse vennootschap die eigendom waren van de gefailleerde Russische vennootschap in Nederland kon uitoefenen.

#### 2.2.4 Weigering van de erkenning wegens strijd met de openbare orde

In de *Yukos*-zaak kwam ook de vraag aan de orde of de in Rusland geopende insolventieprocedure wel in Nederland kon worden erkend, dan wel of er sprake was van strijd met de openbare orde. In dit verband zijn de volgende feiten van belang. Op 19 september en 23 oktober 2003 ontvangt Yukos het bericht van de Russische belastingautoriteiten dat zij geen belastingschuld meer heeft. Ruim twee maanden later ontvangt Yukos het bericht dat zij € 2,27 miljard te weinig aan belastingen heeft betaald. Op 14 april ontvangt Yukos een naheffingsaanslag over het jaar 2000 van € 2,9 miljard en het bevel dit bedrag binnen twee dagen te betalen. De volgende dag wordt aan de Russische rechter verzocht Yukos te veroordelen tot betaling van € 2,9 miljard en haar te verbieden haar bezittingen te vervreemden met uitzondering van grondstoffen en liquide middelen (de ‘freezing order’). De freezing order wordt nog dezelfde dag verleend. Het verzoek tot betaling van € 2,9 miljard wordt vijf weken later behandeld op een terechtzitting van vier dagen, ondanks een verzoek van Yukos om uitstel. De Russische belastingautoriteit legt enkele dagen voor de terechtzitting in totaal 71.000 ongeordende en ongenummerde bladzijden over, ‘in ongeveer 60 open kartonnen komkommerkratjes’, zoals de Rechtbank Amsterdam met oog voor detail opmerkt.<sup>21</sup> Aan de rechtbank wordt een dossier ter beschikking gesteld dat wel geordend en genummerd is. Na herhaald protest van Yukos wordt haar de gelegenheid geboden het geordende dossier in te zien tijdens de lunchpauze, die 30 minuten duurt. Een snelle exercitie met een rekenmachientje leert dat dat bijna 40 pagina’s per seconde is, of anders gezegd, 0,025 seconden per pagina. Overigens zou de Russische regering later stellen dat Yukos de processtukken al kende, en zelfs dat de stukken van Yukos zelf afkomstig waren.<sup>22</sup> Vijf dagen na de terechtzitting wijst de Russische rechter het verzoek toe. In maart 2006 wordt Yukos failliet verklaard omdat zij niet heeft voldaan aan de verplichting om € 2,9 miljard te betalen.

Het Hof Amsterdam overweegt over het faillissementsvonnis zelf (r.o. 4.50):

Dat de faillissementsrechter niet bevoegd was om bij de beoordeling van het verzoek tot faillietverklaring de rechtmatigheid van de belastingschulden waarover tot in hoogste instantie was geprocedeerd opnieuw te onderzoeken, vloeit voort uit een internationaal algemeen aanvaarde systematiek. Op zichzelf valt aan de omstandigheid dat de faillissementsrechter op dit punt niet heeft ingegrepen dan ook geen gevolgtrekking te verbinden. Vast staat ook dat Yukos Oil voldeed aan de Russische criteria voor het uitspreken van een faillissement. (...) Dat de Russische rechter dus, in die situatie, het faillissement heeft uitgesproken wijst als zodanig niet

21. Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1695, *JOR* 2017/215, m.nt. M.A. Broeders. Zie voor het vonnis *a quo* Rb. Amsterdam 31 oktober 2007, r.o. 1.9, ECLI:NL:RBAMS:2007:BB6782, *JOR* 2008/56; *Ondernemingsrecht* 2008/60, m.nt. M.A. Broeders.

22. In de hierna te noemen uitspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, § 532.

op een schending van de regels van een goede procesorde en louter op zichzelf beschouwd ook niet op enig oneigenlijk oogmerk.

Daarmee was echter nog niet alles gezegd. Voorstelbaar is immers de redenering dat de wijze waarop de vordering is vastgesteld weliswaar in strijd met de openbare orde is, maar dat de opening van de insolventieprocedure niet in strijd is met de openbare orde. Zo zou kunnen worden geredeneerd dat de Russische rechtbank de aanvraag van de opening van de insolventieprocedure inhoudelijk correct heeft beoordeeld en daarbij ervan kon uitgaan dat de vordering van de Russische belastingautoriteiten bestond, nu deze vordering in een eerdere procedure is vastgesteld. Dat is evenwel niet de redenering van het Hof Amsterdam, dat vooral op grond van de voorgeschiedenis van het faillissement, en ook, maar in mindere mate, op grond van gebeurtenissen, na afloop van het faillissement oordeelde dat er strijd met de openbare orde was:

de gevolgtrekking [is] gewettigd dat niet alleen Russische (belasting)rechtsregels zijn geschonden, maar ook dat dit is geschied met het kennelijke oogmerk om betalingsonmacht en uiteindelijk het faillissement van Yukos Oil uit te lokken. De door de autoriteiten gekozen aanpak laat geen andere conclusie toe dan dat zij deze niet hebben gekozen om te komen tot de ordentelijke en legitieme heffing en inning van verschuldigde belastingen, maar om Yukos Oil in een situatie te brengen waarin zij haar schulden niet meer kon betalen en uiteindelijk zou failleren, zoals ook gebeurd is. Uit deze (...) omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, leidt het hof af dat beoogd werd om (uiteindelijk) het faillissement van Yukos Oil uit te lokken.

In tussenarresten had het Hof Amsterdam al de opmaat voor deze beslissing gegeven:

In de onderhavige zaken gaat het alleen om defecten in het Russische faillissementsvonnis en in de procedure waarin dat vonnis is gewezen. Schendingen van Russische rechtsregels in de daaraan voorafgegane fiscale procedures kunnen in beginsel slechts van belang zijn voor zover zij tot de conclusie voeren dat Yukos Oil daardoor nodeloos in staat van faillissement is geraakt.<sup>23</sup>

Over deze rechtsoverweging merkte het Hof Amsterdam in een later arrest op:

Deze rechtsoverweging komt erop neer dat aan schendingen van Russische (belasting)rechtsregels enkel betekenis kan worden toegekend bij de beantwoording van de vraag of het faillissementsvonnis inzake Yukos Oil niet erkend kan worden wegens strijd met de Nederlandse openbare orde, indien deze regels door de Russische autoriteiten zijn geschonden met het kennelijke oogmerk om betalingsonmacht en uiteindelijk het faillissement van Yukos Oil uit te lokken.<sup>24</sup>

23. Hof Amsterdam 19 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1035, JOR 2011/27, m.nt. P.M. Veder.

24. Hof Amsterdam 21 juni 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2343.