

De positie van de buitenlandse curator in Nederland

Inleiding

De Faillissementswet (Fw) bevat geen bepalingen die betrekking hebben op de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures. In de artikelen 203 tot en met 205 Fw is slechts een regeling te vinden voor het geval een debiteur die in Nederland failliet is verklaard vermogensbestanddelen in het buitenland heeft. Voor erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure dient men eerst te kijken of een verdrag of wettelijke regeling van toepassing is. De belangrijkste regelingen waarop erkenning wordt gebaseerd zijn:¹ de verordening betreffende insolventieprocedures,² de richtlijn betreffende de sanering en liquidatie van verzekeringsondernemingen³ en artikel 40 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. Wanneer er geen verdrag of wettelijke regeling van toepassing is, dient de rechterlijke instantie zelf te beoordelen of een buitenlandse insolventieprocedure wordt erkend. Deze beoordeling moest worden gemaakt door de rechtbank Amsterdam in de Yukos-affaire.⁴

Vonnis Rechtbank Amsterdam 31 oktober 2007

In 1993 werd Yukos Oil Company (Yukos), een vennootschap naar Russisch recht, opgericht door de Russische staat. Twee jaar later werd het bedrijf geprivatiseerd. Yukos is enig aandeelhouder van Yukos Finance B.V. (Yukos Finance). In 2003 begonnen de financiële problemen voor het bedrijf. Yukos werd in een Russische belastingprocedure geconfronteerd met belastingaanslagen ter waarde van 20,1 miljard dollar. Begin 2004 bevroor de Russische overheid alle activa van Yukos en ging de Russische belastingdeurwaarder over tot verhaal op OAO Oil Company Yuganskneftegas, het belangrijkste actief van het Yukos-concern. Rond 2004 kreeg Yukos nog meer problemen. Yukos was een bedrag van circa 480 miljoen dollar verschuldigd aan een consortium van internationale banken. Door het uitblijven van betalingen was deze vordering opeisbaar geworden. In 2005 verkocht het consortium zijn vorderingen op Yukos aan een Russische staatsonderneming genaamd OAO Rosneft Oil Company (Rosneft). In 2006 vroeg het consortium faillissement van Yukos aan bij de rechtbank te Moskou. Bij vonnis van 4 augustus 2006 werd Yukos failliet verklaard. De Russische curator probeerde beschikking te krijgen over de activa van Yukos, waaronder Yukos Finance. Hiertoe werd een volmacht gegeven aan een Nederlandse advocaat. Deze nam als gevolmachtigde het aandeelhoudersbesluit om de bestuurders van Yukos Finance te ontslaan en het aandeelhoudersbesluit tot benoeming van nieuwe bestuurders. Vervolgens zijn de aandelen in Yukos Finance verkocht en overgedragen aan een derde.

De ontslagen bestuurders en Yukos Finance startten een procedure bij de Rechtbank Amsterdam. Primair stelden zij dat het Russische faillissement onrechtmatig tot stand was gekomen en subsidiair dat het territorialiteitsbeginsel zich ertegen verzet dat het Russische faillissement in Nederland wordt erkend. De rechtbank zag zich voor de vraag gesteld of de curator 'de hem naar Russisch faillissementsrecht toe-komende vertegenwoordigingsbevoegdheid ook in Nederland kan uitoefenen ter zake van het aan Yukos Oil toekomende stemrecht op de door haar gehouden aandelen in Yukos Finance'. De rechtbank overweegt dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de curator haar grondslag vindt in het vonnis waarbij Yukos in staat van faillissement is verklaard. Volgens de rechtbank zal de curator deze bevoegdheid slechts in Nederland kunnen uitoefenen indien het faillissementsvonnis in Nederland kan worden erkend. Nu er geen verdrag tussen de Russische Federatie en Nederland bestaat met betrekking tot de erkenning van faillissementsprocedures, is de rechtbank genoodzaakt om zelfstandig te beoordelen of en in hoeverre het Russische faillissementsvonnis in Nederland voor erkenning in aanmerking zal komen. De rechtbank overweegt hieromtrent als volgt:

'(...) omvang van de hiervoor weergeven gang van zaken slechts tot de conclusie kan leiden dat de wijze waarop de (...) door Yukos Oil verschuldigde naheffingsaanslag door eerst de Russische belastingautoriteit en vervolgens de belastingrechtbank is vastgesteld de toets der kritiek niet kan doorstaan. De behandeling door de belastingrechtbank en het hoger beroep zijn in strijd met de fundamentele beginselen van een behoorlijke rechtspleging zoals die in Nederland algemeen worden aanvaard en zijn neergelegd in artikel 6 EVRM (...) Dit fundamentele rechtsgebrek heeft naar het oordeel van de rechtbank, anders dan gedaagden betogen, directe gevolgen voor de beantwoording van de vraag of het faillissementsvonnis voor erkenning in Nederland in aanmerking komt, aangezien de aldus vastgestelde belastingvorderingen de primaire oorzaak van het uiteindelijk faillissement van Yukos Oil zijn geweest (...) Met eisers moet dan ook worden geconcludeerd dat het faillissement van Yukos Oil is veroorzaakt door de door de Russische belastingautoriteit opgelegde naheffingsaanslagen en dat het faillissementsvonnis zonder die naheffingsaanslagen niet zou zijn uitgesproken. Dit brengt mee dat het aan de wijze waarop de (omvang van de) door Yukos Oil verschuldigde naheffingsaanslagen zijn vastgesteld klevende fundamentele rechtsgebrek aan erkenning in Nederland van het daarop gebaseerde faillissementsvonnis in de weg staat.'

Erkenning van buitenlandse insolventieprocedures

Een consistente lijn in de rechtspraak is dat ten aanzien van erkenning van buitenlandse insolventieprocedures het territorialiteitsbeginsel wordt gehanteerd. In zijn meest onversneden vorm houdt het territorialiteitsbeginsel in dat de

1. R. J. van Galen, *Faillissementswet* (losbl.), Deventer: Kluwer, art. 203-205, aant. 1.
 2. Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000.
 3. Richtlijn 2001/17/EG PbEG L 110 van 19 maart 2001.
 4. Rb. Amsterdam 31 oktober 2007, LJN: BB6782, RI 2007/27.

insolventieprocedure slechts gevolgen heeft in het land waar de procedure is geopend.⁵ In het arrest *De Vleeschmeesters*⁶ heeft de Hoge Raad zich voor het laatst expliciet uitgelaten over de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures. De Hoge Raad overwoog als volgt:

‘Voor zover niet bij een Nederland bindend verdrag anders is bepaald, heeft een in een ander land uitgesproken faillissement territoriale werking (...) in die zin dat het daar op het vermogen van de gefailleerde rustende faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten.’

De achterliggende gedachte van de Hoge Raad is dat een buitenlands faillissement er niet aan in de weg mag staan dat crediteuren zich op in Nederland gelegen activa van hun schuldenaar kunnen verhalen.⁷ De heersende leer van het territorialiteitsbeginsel gaat in de jurisprudentie echter niet zo ver dat een in het buitenland uitgesproken faillissement in het geheel geen gevolgen heeft in Nederland.⁸ Een in het buitenland rechtmatig en niet in strijd met de Nederlandse wet in het leven geroepen rechtstoestand ‘ten aanzien van de aldaar bevindende goederen’ moet in Nederland worden eerbiedigd.⁹

Opmerkelijk is dat ten aanzien van in Nederland uitgesproken faillissementen de Hoge Raad sinds het *Comfin*-arrest¹⁰ het universaliteitsbeginsel hanteert. In dit arrest overweegt de Hoge Raad dat

‘de Fw. generlei bepaling inhoudt, welke zou verbieden, dat de curator in een Nederlands faillissement vermogensbestanddelen van den gefailleerde, welke zich in het buitenland bevinden, in den boedel van het Nederlands faillissement betreft, indien en voor zover dit mogelijk is.’

Met het universaliteitsbeginsel wordt bedoeld dat het faillissement zich ook uitstrekt tot vermogensbestanddelen van de debiteur die zich niet in Nederland bevinden. De Nederlandse procedure heeft dus naar Nederlandse opvatting werking in het buitenland.

In de *Yukos*-zaak overweegt de rechtbank dat de curator de hem naar Russisch faillissementsrecht toekomende verte-

genwoordigingsbevoegdheid alleen in Nederland kan uitoefenen indien het Russische faillissementsvonnis wordt erkend. De rechtbank hanteert voor erkenning van een buitenlands faillissementsvonnis dezelfde criteria als voor de erkenning van een ‘gewoon’ buitenlands vonnis, namelijk:

1. de rechtsmacht van de buitenlandse rechter moet gebaseerd zijn op een naar internationale maatstaven aanvaardbare rechtsmachtgrond;
2. de buitenlandse procedure dient te zijn gevoerd met inachtneming van de beginselen van een behoorlijke procesorde; en
3. de buitenlandse uitspraak mag niet in strijd zijn met de Nederlandse openbare orde.

Het feit dat de Rechtbank Amsterdam in beginsel niet toe komt aan de reikwijdte van het territorialiteitsbeginsel maakt deze uitspraak, voor zover ik kan inzien, uniek. Men kan zich afvragen wat nu de positie van de buitenlandse curator is en of deze anders is na deze uitspraak van de rechtbank Amsterdam.

Positie van de buitenlandse curator

Ten aanzien van erkenning van buitenlandse faillissementsprocedures wordt uitgegaan van het territorialiteitsbeginsel: een in het buitenland uitgesproken faillissement heeft in beginsel geen werking in Nederland. De vraag is of het territorialiteitsbeginsel strikt moet worden toegepast of dat er gebruik kan worden gemaakt van een genuanceerde toepassing. Een strikte toepassing van het territorialiteitsbeginsel resulteert in een situatie waarin de buitenlandse curator geen enkele bevoegdheid heeft ten aanzien van de in Nederland gelegen activa van de gefailleerde.¹¹ De activa worden namelijk niet getroffen door het faillissement. De genuanceerde opvatting gaat ervan uit dat het territorialiteitsbeginsel alleen betrekking heeft op de aspecten van het faillissement die zien op beslaglegging en dat de curator zijn bevoegdheden mag uitoefenen in Nederland indien deze niet rusten op het faillissementsbeslag. De literatuur is niet eensgezind over de interpretatie van jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van de positie van de buitenlandse curator. Berends is van mening dat op grond van de jurisprudentie het niet mogelijk is voor de buitenlandse curator om vermogensbestanddelen op te eisen,¹² terwijl Van Galen en Van Apeldoorn stellen dat de jurisprudentie van de Hoge Raad er niet aan in de weg staat dat een buitenlandse curator goederen opeist en als enige bevoegd is de rechten van de gefailleerde met betrekking tot diens vermogensbestanddelen in Nederland uit te oefenen.¹³ Volgens Veder is het onzeker

5. A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 12.

6. HR 31 mei 1996, RvdW 1996, 133; NJ 1998, 108.

7. P.M. Veder, de positie van de curator in grensoverschrijdende faillissementen, in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 303.

8. HR 24 oktober 1997, JOR 1997/116; Rb. Den Haag 29 januari 1997, JOR 1997/115; Rb. Utrecht 9 oktober 1996, JOR 1997/19; Pres. Rb. Amsterdam 9 november 1995, NIPR 1996, 432.

9. R. J. van Galen, *Faillissementswet (losbl.)*, Deventer: Kluwer, art. 203-205, aant. 3.

10. HR 15 april 1955, NJ 1955, 542.

11. P.M. Veder 1996, p. 301.

12. A.J. Berends, *Grensoverschrijdende insolventie*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1999, p. 54.

13. R.J. van Galen en J.C. van Apeldoorn, *Grensoverschrijdende aspecten van insolventieprocedures buiten verdrag*, in: *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* 117, Deventer: Kluwer 1998, p. 152.

‘of de territoriale werking in zoverre mag worden genuanceerd, dat bevoegdheden van buitenlandse curatoren kunnen worden erkend voorzover dat geen beperking van de verhaalsmogelijkheden van de crediteuren inhoudt.’¹⁴

Wat zou de positie van de Russische curator zijn wanneer de Rechtbank Amsterdam het buitenlandse faillissementsvonnis zou erkennen? Waarschijnlijk zou de Rechtbank Amsterdam een genuanceerde toepassing van het territorialiteitsbeginsel hanteren en tot het oordeel komen dat dit beginsel er niet aan in de weg staat dat de Russische curator zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid in Nederland kan uitoefenen. Zo oordeelde namelijk ook de Voorzieningenrechtbank Amsterdam en het Hof Amsterdam eerder in de Yukos-affaire.¹⁵

Conclusie

Het opmerkelijke aspect in deze uitspraak is dat de Rechtbank Amsterdam voor de erkenning van het Russische faillissementsvonnis uitgaat van de drie criteria die gelden voor erkenning van ‘gewone’ buitenlandse vonnissen bij gebreke van een verdrag of wettelijke regeling. Zij komt niet toe aan de toepassing van het territorialiteitsbeginsel. Dit brengt echter niet veel verandering in de onduidelijkheid die er bestaat over de positie van de buitenlandse curator door het hanteren van het territorialiteitsbeginsel. Een arrest van de Hoge Raad waarin hij expliciet kiest voor een genuanceerde toepassing van het territorialiteitsbeginsel zou in ieder geval meer duidelijkheid creëren en naar mijn mening ook wenselijk zijn. Zolang de verhaalsmogelijkheid van de (Nederlandse) crediteuren wordt gewaarborgd, lijkt mij dat de Nederlandse rechtsorde er weinig belang bij heeft om de bevoegdheden van de buitenlandse curator niet te erkennen. Nederland loopt op dit punt achter bij landen zoals Frankrijk, Duitsland, Engeland en de Verenigde Staten. Deze landen hebben tussen 1970 en 1990 belangrijke ontwikkelingen doorgevoerd die de erkenning van buitenlandse faillissementen bevorderen.¹⁶ Het vonnis van de Rechtbank Amsterdam laat wel zien, dat een strikte toepassing van de territorialiteitsleer niet noodzakelijk is om te voorkomen dat een buitenlandse curator op onrechtmatige wijze kan beschikken over Nederlandse activa.

*Mr. M.G. Hepkema
Stibbe*

14. P.M. Veder 1996, p. 311.

15. V.zr. Rb. Amsterdam 11 augustus 2006, LJN AY6161 en Hof Amsterdam 24 mei 2007, LJN BA5682.

16. R.J. van Galen en J.C. van Apeldoorn 1998, p. 64-65.