

De territoriale werking van buitenlandse faillissementen

*Mr. Y. M. van Beek**

Inleiding

Volgens vaste jurisprudentie heeft een buitenlands faillissement (buiten de Europese Unie) territoriale werking. Het territorialiteitsbeginsel heeft tot gevolg dat niet alle rechtsgevolgen van een buitenlands faillissement doorwerken in Nederland. Dit brengt een aantal vragen met zich. Valt het in Nederland gelegen actief van de failliet onder het buitenlandse faillissementsbeslag? Welke bevoegdheden kan de buitenlandse curator uitoefenen in Nederland? De Hoge Raad heeft zich recent hierover uitgelaten in het Yukos-arrest.¹

Het Yukos-arrest

De feiten zijn als volgt. Alle aandelen van de Nederlandse vennootschap Yukos Finance B.V. (hierna: Yukos Finance) worden gehouden door OAO Yukos Oil Company (hierna: Yukos Oil Company), een vennootschap naar Russisch recht. Yukos Oil Company wordt in Rusland failliet verklaard. De curator in het faillissement van Yukos Oil Company roept een buitengewone aandeelhoudersvergadering bijeen en agendeert het ontslag van de bestuurders van Yukos Finance.

Eerste aanleg

Yukos Finance en haar bestuurders (hierna: Yukos c.s.) vorderen in kort geding voor de Rechtbank Amsterdam de curator te verbieden met betrekking tot Yukos Finance enige aandeelhoudersvergadering te beleggen dan wel enig aandeelhoudersrecht uit te oefenen. Zij voeren hiertoe aan dat (1) de curator niet bevoegd is enige aandeelhoudersvergadering met betrekking tot Yukos Finance te beleggen, omdat het Russische faillissement slechts territoriale werking heeft en de in Nederland gelegen activa, te weten de aandelen Yukos Finance, niet in de buitenlandse faillissementsboedel vallen, en (2) (kort gezegd) het Russische faillissement op onrechtmatige wijze tot stand is gekomen, zodat het erkennen en faciliteren van de bevoegdheden van de curator in strijd is met de Nederlandse openbare orde.

De voorzieningenrechter overweegt ten aanzien van de hiervoor bij (1) genoemde grondslag, dat een buitenlandse curator bevoegd is in Nederland op te treden. Hij oordeelt dat het territorialiteitsbeginsel er niet aan in de weg staat dat de curator de stemrechten op de aandelen van Yukos Finance uitoefent. Dit beginsel heeft alleen betrekking op het beslagobject van het faillissement en brengt slechts met zich dat het op het vermogen

van de buitenlandse failliet rustende faillissementsbeslag niet mede de in Nederland aanwezige baten omvat. Ten aanzien van de bij (2) genoemde grondslag concludeert de voorzieningenrechter, dat een kort geding zich niet leent voor een onderzoek naar de (on)rechtmatige wijze van totstandkoming van het faillissement van Yukos Oil Company. De vordering van Yukos c.s. wordt daarom afgewezen.

Hoger beroep

Yukos c.s. stellen spoedappèl in bij het gerechtshof te Amsterdam. De (on)rechtmatige wijze van totstandkoming van het faillissement van Yukos Oil Company wordt niet aan het oordeel van het hof onderworpen. Het hof bevestigt dat de curator de stemrechten op de aandelen in Yukos Finance kan uitoefenen, maar beargumenteert zijn oordeel anders dan de rechtbank. De curator is bevoegd de stemrechten op de aandelen uit te oefenen, omdat hij naar Russisch recht (als enige) Yukos Oil Company kan vertegenwoordigen en derhalve (als enige) de rechten kan uitoefenen die Yukos Oil Company toekomen als aandeelhouder van Yukos Finance. Met de erkenning van de (buiten)territoriale werking van het faillissement heeft dit niets van doen, aldus het hof.

Cassatie

Yukos c.s. stellen cassatie in. De Hoge Raad overweegt dat het bestaan en de inhoud van de bevoegdheden van een faillissementscurator worden bepaald door het op het faillissement toepasselijke recht, de 'lex concursus'. Daarom dient, anders dan het hof heeft geoordeeld, wel degelijk te worden onderzocht of het territorialiteitsbeginsel eraan in de weg staat dat de curator de stemrechten op de aandelen in Yukos Finance uitoefent. De Hoge Raad overweegt:

(...) voor zover niet bij een Nederland bindende internationale regeling anders is bepaald, heeft een in een ander land uitgesproken faillissement territoriale werking, niet alleen in die zin dat het daar op het vermogen van de gefailleerde rustende faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten (vgl. HR 2 juni 1967, NJ 1968, 16), maar ook in die zin 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 kunnen leiden dat onvoldane crediteuren zich niet meer kunnen verhalen op – tijdens of na afloop van het faillissement – in Nederland aan-

* Mr. Y.M. van Beek is werkzaam als advocaat bij Loyens & Loeff.

1. HR 19 december 2008, JOR 2008, 94 m.nt. Veder (Yukos c.s./Rebgun).

wezige vermogensbestanddelen van de (voormalige) gefailleerde (HR 31 mei 1996, nr. 16007, NJ 1998, 108). Aan de werking in Nederland van andere gevolgen van een in het buitenland uitgesproken faillissement staat dit territorialiteitsbeginsel niet in de weg (vgl. HR 24 oktober 1997, nr. 16394, NJ 1999, 316).⁷

De Hoge Raad concludeert dat gesteld noch aannemelijk is dat uitoefening van de stemrechten op aandelen van Yukos Finance tot gevolg heeft dat onvoldane crediteuren zich niet langer kunnen verhalen op in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van Yukos Oil Company. Met andere woorden: de curator is bevoegd de stemrechten op de aandelen van Yukos Finance uit te oefenen.

Rechtsgevolgen van buitenlandse faillissementen

Door in het Yukos-arrest expliciet te verwijzen naar de arresten Hiret/Chiotakis,² de Vleeschmeesters³ en Gustafsen q.q./Mosk⁴ en de daarin gegeven overwegingen te herhalen geeft de Hoge Raad expliciet aan niets terug te willen nemen van de in deze arresten gegeven regels met betrekking tot het territorialiteitsbeginsel. Dit betekent dat buitenlandse faillissementen in ieder geval de volgende rechtsgevolgen hebben in Nederland.

In de eerste plaats brengt het territorialiteitsbeginsel op grond van het arrest Hiret/Chiotakis met zich dat het buitenlandse faillissementsbeslag niet werkt ten aanzien van in Nederland gelegen baten. In dit arrest wordt door een crediteur van de in het buitenland failliet verklaarde debiteur conservatoir derdenbeslag gelegd op diens zich ten tijde van de faillietverklaring in Nederland bevindende activa. De Hoge Raad staat toe dat een individuele crediteur zich verhaalt op een in Nederland gelegen baat.

In de tweede plaats leidt de territoriale werking van buitenlandse faillissementen er op grond van het Vleeschmeesters-arrest toe dat de rechtsgevolgen van deze faillissementen toepassing missen in Nederland, indien en voor zover deze erin resulteren dat onvoldane crediteuren zich niet langer kunnen verhalen op in Nederland gelegen actief van de failliet. In dit arrest wordt een debiteur in het buitenland failliet verklaard. Na enige tijd eindigt het faillissement wegens gebrek aan baten. De *lex concursus* bepaalt dat hierdoor de vorderingen van onbetaald gebleven crediteuren tenietgaan, zodat slechts natuurlijke verbintenissen resteren. De debiteur keert na de beëindiging van het faillissement terug in Nederland. Daar wordt door een onvoldane crediteur ten laste van hem conservatoir (loon)beslag gelegd. De Hoge Raad staat deze beslaglegging toe, omdat schuldeisers zich moeten kunnen blijven verhalen op in Nederland gelegen actief van de failliet.

De territoriale werking van buitenlandse faillissementen is echter niet onbeperkt. Zo verzet het territorialiteitsbeginsel zich er in beginsel niet tegen dat een buitenlandse curator met succes een vordering in Nederland instelt tegen een Nederlandse wederpartij van de buitenlandse gefailleerde. Dit blijkt uit Gustafsen q.q./Mosk, waarin een buitenlandse curator een betaling van de gefailleerde aan diens Nederlandse wederpartij vernietigt en terugbetaling vordert. In cassatie staat de vraag centraal door welk recht de vordering tot terugbetaling wordt beheerst. De Hoge Raad overweegt dat deze vraag (in beginsel) niet beantwoord dient te worden aan de hand van het territorialiteitsbeginsel. Zelfs al zou de vordering van de curator aangemerkt kunnen worden als een in Nederland aanwezige bate, dan nog zou de mogelijke lokalisering van deze vordering in Nederland er niet aan in de weg moeten staan dat de curator de betreffende vordering in Nederland geldend maakt. De Hoge Raad stelt dat de *lex concursus* in beginsel bepaalt door welk recht de vordering van de curator wordt beheerst. Dit betekent echter niet dat het territorialiteitsbeginsel geen rol speelt bij de vraag of een buitenlandse curator een vordering tot vernietiging van een rechtshandeling met succes in Nederland kan instellen. De Hoge Raad bepaalt dat de rechtszekerheid ertoe leidt dat de (Nederlandse) wederpartij van de failliet niet bedacht hoeft te zijn op de rechtsgevolgen van de door de *lex concursus* beheerste vordering, voor zover (1) de aan de vordering ten grondslag liggende rechtshandeling niet door de *lex concursus* wordt beheerst en (2) de *lex concursus* minder strenge eisen stelt aan toewijzing van een dergelijke vordering dan het recht dat de aangevochten rechtshandeling beheerst, de zogenoemde *lex causae*.

Het voorgaande leidt tot de conclusie dat het territorialiteitsbeginsel geen onbeperkte werking heeft. Het staat niet in de weg aan rechtsgevolgen van buitenlandse faillissementen, tenzij dit ertoe leidt dat individuele crediteuren zich niet meer kunnen verhalen op in Nederland gelegen actief.

Bevoegdheden van de curator

De Hoge Raad heeft zich nog niet eerder expliciet uitgelaten over de vraag of de buitenlandse curator de beheers- en beschikkingsbevoegdheden in Nederland kan uitoefenen, die hij krachtens de *lex concursus* heeft verkregen.

In de literatuur wordt door sommige schrijvers aangenomen dat als gevolg van de door de Hoge Raad aanvaarde territoriale werking van buitenlandse faillissementen de curator niet bevoegd is in Nederland gelegen actief op te eisen en daarover te beschikken.⁵ Daaraan ligt de volgende gedachte ten grondslag. Naar geldend Nederlands internationaal privaatrecht vallen in Nederland gelegen activa niet in de buitenlandse faillissementsboedel. Daaruit volgt dat de curator geen beschikkings- en beheershandelingen kan verrichten ten aanzien van deze activa. Deze bevoegdheden blijven derhalve bij de gefailleerde rusten.

2. HR 2 juni 1967, NJ 1968 m.nt. H.B. (Hiret/Chiotakis).

3. HR 31 mei 1996, NJ 1998, 108 m.nt. ThMdB (Coppoolse/de Vleeschmeesters).

4. HR 24 oktober 1997, NJ 1999 m.nt. ThMdB (Gustafsen q.q./Mosk).

5. A.J. Berends, Insolventie in het internationaal privaatrecht, Deventer: Kluwer 2005, p. 101 en 102; P.M. Veder, Cross-border insolvency proceedings and security rights, Deventer: Kluwer 2004, p. 214; Anders: A-G Strikwerda, conclusie bij HR 24 oktober 1997, NJ 1999, 316, nr. 10.

Het territorialiteitsbeginsel verhindert niet dat de buitenlandse curator beschikkingshandelingen verricht ten aanzien van activa die wel in de faillissementsboedel vallen en die doorwerken in Nederland.

In het Yukos-arrest volgt de Hoge Raad vorenstaande redenering niet. De curator mag de bevoegdheden uitoefenen die verbonden zijn aan het eigendomsrecht van Yukos Oil Company op de aandelen van Yukos Finance. Met andere woorden: de curator mag de door de *lex concursus* aan hem toegekende beheers- en beschikkingsbevoegdheden ten aanzien van in Nederland gelegen vermogensbestanddelen van de gefailleerde uitoefenen. De enige beperking die daaraan door de Hoge Raad wordt gesteld, is dat onvoldane crediteuren zich op de in Nederland gelegen vermogensbestanddelen moeten kunnen blijven verhalen.⁶ De territoriale werking die aan buitenlandse faillissementen wordt toegedicht, heeft dus vooral betrekking op het beslagaspect van dat faillissement.⁷

Consequentie van de door de Hoge Raad gekozen benadering is dat de buitenlandse curator wel beheersdaden kan verrichten ten aanzien van in Nederland gelegen baten, maar niet kan verhinderen dat schuldeisers beslag leggen op die baten. Een concreet voorbeeld: de curator mag wel de in Nederland gelokaliseerde vorderingen innen, maar kan niet verhinderen dat schuldeisers beslag leggen op die vorderingen. En: de curator mag wel beschikken over in Nederland gelegen (on)roerende zaken, maar kan niet verhinderen dat schuldeisers daarop beslag leggen.

Een en ander lijkt de volgende uitwerking te (kunnen) hebben. Op grond van het Yukos-arrest kan de buitenlandse curator beschikken over vermogensbestanddelen van de failliet in Nederland, zodat hij bijvoorbeeld bevoegd is te goeden die door de failliet op een Nederlandse bankrekening worden aangehouden, over te maken naar zijn (buitenlandse) beheersrekening. Praktisch gezien betekent een en ander dat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers wel degelijk gefrustreerd kunnen worden. Individuele schuldeisers van de failliet blijven daarnaast bevoegd conservatoire maatregelen te treffen met betrekking tot dezelfde goeden. Zowel de curator als de schuldeisers komen in een onzekere positie terecht, waarbij de partij die het best geïnformeerd is over de vermogenspositie van de gefailleerde, aan het langste eind trekt. Zoals eerder opgemerkt, is ook de positie van de failliet zelf op grond van het arrest de Vleeschmeesters allerminst te benijden. Nadat krachtens de *lex concursus* het faillissement is geëindigd, kunnen individuele schuldeisers zich immers op zijn in Nederland gelegen vermogensbestanddelen blijven verhalen. Het territorialiteitsbeginsel lijkt daarmee voor alle bij het faillissement betrokken partijen een onwenselijke uitwerking te hebben.

6. JOR 2009, 91 m.nt. Veder, p. 786 en 787; M. Broeders, Het territorialiteitsbeginsel in het Nederlandse commune internationaal faillissementsrecht, *Ondernemingsrecht* 2009, p. 321 en 322.

7. In die zin reeds: A-G Strikwerda, nr. 10; R.J. van Galen & J.C. van Apeldoorn, Grensoverschrijdende aspecten van insolventieprocedures buiten verdrag, *Preadvies NIVR* nr. 117, Deventer: Kluwer 1998, p. 27; B. Wessels, *International insolvency law*, Deventer: Kluwer 2006, nr. 10178.

Openbare orde

Nu de Hoge Raad het territorialiteitsbeginsel slechts beperkt toepast, rijst de vraag of automatische doorwerking van de gevolgen van buitenlandse faillissementen in Nederland wel wenselijk is.⁸ A-G Strikwerda merkt in zijn conclusie bij het Yukos-arrest op, dat het territorialiteitsbeginsel is gericht op de bescherming van statelijke belangen: de wederzijdse onafhankelijkheid van staten verzet zich ertegen dat door de *lex concursus* toegekende rechten en bevoegdheden op het grondgebied van een andere staat geduld moeten worden.⁹ De vraag is of na het Yukos-arrest dit 'beschermingsaspect' van het territorialiteitsbeginsel wel voldoende tot zijn recht komt. Veder merkt in zijn noot bij het arrest op, dat het wenselijk en noodzakelijk is het toekennen van rechtsgevolgen aan buitenlandse faillissementen afhankelijk te maken van rechterlijke toetsing.¹⁰

Dat het invoeren van een dergelijke rechterlijke toetsing wenselijk is, wordt geïllustreerd door het vervolg van het geschil tussen Yukos c.s. en de curator van Yukos Oil Company. In spoedappèl en cassatie was immers niet meer aan de orde gekomen of het Russische faillissement op onrechtmatige wijze tot stand was gekomen en derhalve in strijd was met de Nederlandse openbare orde. In de bodemprocedure werd door de Rechtbank Amsterdam geoordeeld dat dit inderdaad het geval was.¹¹ Gevolg van dit oordeel in eerste aanleg is dat de curator niet bevoegd is de stemrechten op de aandelen Yukos Finance uit te oefenen. Met het invoeren van een voorafgaande rechterlijke toetsing van buitenlandse faillissementsvonnissen zou kunnen worden bereikt dat de vraag naar de (on)rechtmatige wijze van totstandkoming van die vonnissen eerder aan de Nederlandse rechter wordt voorgelegd.

Conclusie

De Hoge Raad legt in het Yukos-arrest het territorialiteitsbeginsel beperkt uit. Rechtsgevolgen van buitenlandse faillissementen werken door in Nederland, tenzij dit ertoe leidt dat onvoldane crediteuren zich niet langer kunnen verhalen op in Nederland gelegen baten. Dit brengt met zich dat de curator de beheers- en beschikkingshandelingen over het in Nederland gelegen actief van de gefailleerde kan uitoefenen, maar zich niet exclusief mag verhalen op het in Nederland gelegen actief van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Aan de vrijwel automatische doorwerking van de gevolgen van faillissementen uitgesproken in staten die geen lid zijn van de Europese Unie, worden door de Hoge Raad geen nadere voorwaarden gesteld. Alleen met een beroep op de internationaal privaatrechtelijke openbare orde-exceptie kan aan deze doorwerking een halt worden toegevoerd.

8. JOR 2009, 91 m.nt. Veder, p. 787; Broeders 2009, p. 322 en 323.

9. A-G Strikwerda, nr. 24.

10. JOR 2009, 91 m.nt. Veder, p. 787.

11. Rb. Amsterdam 31 oktober 2007, JOR 2008, 56 m.nt. Veder.