

UNIVERSELE WERKING VOOR NIET-EU-INSOLVENTIES?

PREADVIES / REPORT 2016

A. J. BERENDS



NVR II

Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend
en Internationaal Insolventierecht (**NVR II**) /
Netherlands Association for Comparative and
International Insolvency Law (**NACIIL**)

Op 10 november 2016 vierde de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht (NVRII) haar eerste lustrum. De jaarvergadering stond geheel in het teken van het preadvies van mr. dr. A.J. Berends: *Universele werking voor niet-EU-insolventies?*

In dit preadvies bespreekt Berends de gevolgen in Nederland van een insolventieprocedure die is geopend in een staat die geen lidstaat (meer) is van de Europese Unie. Gelet op de 'Brexit', een zeer actueel en belangrijk thema. Zowel de theorie als de huidige stand van het Nederlandse recht komt aan bod, waaronder natuurlijk ook de 'Yukos-arresten' van de Hoge Raad. In zijn preadvies licht Berends toe waarom hij de voorkeur geeft aan een wettelijke regeling gebaseerd op de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency en op Titel 10 van het Voorontwerp Insolventiewet van de Commissie Insolventierecht.

ISBN 978-94-6290-420-0



9 789462 904200 >



Universele werking voor niet-EU-insolventies?

UNIVERSELE WERKING VOOR NIET-EU-INSOLVENTIES?

PREADVIES / REPORT 2016

A.J. BERENDS

EEN REEKS VAN:

NEDERLANDSE VERENIGING VOOR RECHTSVERGELIJKEND EN
INTERNATIONAAL INSOLVENTIERECHT (NVRII)
NETHERLANDS ASSOCIATION FOR COMPARATIVE AND
INTERNATIONAL INSOLVENCY LAW (NACIIL)

BOOM JURIDISCH
Den Haag
2017

Omslagontwerp: Textcetera, Den haag
Opmaak binnenwerk: Ambrac, Deventer

© 2017 A.J. Berends | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-420-0

ISBN 978-94-6274-762-3 (e-book)

NUR 828

www.boomjuridisch.nl

VOORWOORD

Op 10 november 2016 vierde de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijkend en Internationaal Insolventierecht haar eerste lustrum. De feestelijke jaarvergadering vond plaats ten kantore van Jones Day in Amsterdam. De NVR II is Jones Day zeer erkentelijk voor de aan de vereniging geboden gastvrijheid en ondersteuning.

De jaarvergadering stond geheel in het teken van het preadvies van mr. dr. A.J. Berends: *Universele werking voor niet-EU insolventies?* In zijn preadvies bespreekt Berends de gevolgen in Nederland van een insolventieprocedure die is geopend in een staat die geen lidstaat (meer) is van de Europese Unie. Daarmee raakt het, gelet op de ‘Brexit’, aan een zeer actueel en belangrijk thema. Na een uiteenzetting van de benaderingen in de theorie met betrekking tot de grensoverschrijdende werking van insolventieprocedures bespreekt Berends de huidige stand van het Nederlandse recht. Hij staat daarbij onder meer uitgebreid stil bij de ‘Yukos-arresten’ van de Hoge Raad. Berends betoont zich vervolgens een voorstander van ingrijpen van de wetgever om te komen tot een moderne en werkbare wettelijke regeling van het Nederlandse internationale insolventierecht. Hij besteedt in dat kader aandacht aan twee teksten die de wetgever daarbij tot voorbeeld zouden kunnen strekken: de UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency en Titel 10 van het Voorontwerp Insolventiewet van de Commissie Insolventierecht. In zijn preadvies licht Berends toe dat en waarom hij de voorkeur geeft aan een wettelijke regeling die gebaseerd is op elementen uit beide regelingen.

Het thema van het preadvies werd tijdens de vergadering ook belicht vanuit de optiek van de curator (mr. J. Berkenbosch, Jones Day) en de rechterlijke macht (mr. M.J.E. Geradts, Rechtbank Amsterdam).

Wij zijn mr. dr. A.J. Berends, mr. J. Berkenbosch, mr. M.J.E. Geradts en Jones Day veel dank verschuldigd voor hun bijdrage aan deze inspirerende bijeenkomst.

Het bestuur van de NVR II

INHOUDSOPGAVE

Inleiding		9
1	Benaderingen in de theorie	13
1.1	Territorialiteitsbeginsel	13
1.2	Universaliteitsbeginsel	15
1.3	Mengvormen	16
1.4	Andere benaderingen	16
2	Het Nederlandse recht	19
2.1	De wet	19
2.2	De jurisprudentie van de Hoge Raad tot aan Yukos II	20
2.2.1	Hiret/Chiotakis	21
2.2.2	Vleeschmeesters-arrest	22
2.2.3	Gustafsen/Mosk	24
2.2.4	Yukos I	25
2.3	Yukos II	26
2.3.1	Het arrest	26
2.3.2	Appreciatie met betrekking tot de uitkomst	29
2.3.2.1	Automatische erkenning	29
2.3.2.2	Waarborgen?	33
2.3.3	Appreciatie met betrekking tot de redenering	34
2.3.4	Voorlopige conclusie	37
2.4	Ter zijde: Rechtbank Midden-Nederland 30 maart 2016	38
	Eerste intermezzo: niet-erkenning insolventieprocedure Yukos	39
3	Alternatieven	43
3.1	Inleiding	43
3.2	De Uncitral Modelwet	47
3.2.1	Inleiding	47
3.2.2	Hoofdlijnen	48
3.2.3	Buitenlandse insolventieprocedure	49
3.2.4	Gevolgen in de tijd tussen het verzoek om erkenning en de beslissing daarop	50
3.2.5	Erkenning	51

INHOUDSOPGAVE

3.2.6	Gevolgen van de erkenning	53
3.2.7	Drie extra veiligheidskleppen	55
3.2.8	Toepasselijk recht	57
3.3	Titel 10 Voorontwerp Insolventiewet vergeleken met de Modelwet	60
3.3.1	Inleiding	60
3.3.2	Buitenlandse insolventieprocedure	61
3.3.3	Erkenning	61
3.3.4	Gevolgen van de erkenning	62
3.3.5	Veiligheidskleppen?	63
3.3.6	Toepasselijk recht	65
3.3.7	Conclusie	66
4	Wat verdient de voorkeur: de Modelwet of het Voorontwerp?	67
	Tweede intermezzo: niet-erkenning insolventieprocedure Yukos	79
	Conclusie	83

INLEIDING

Dit preadvies¹ gaat over de gevolgen in Nederland van een insolventieprocedure, geopend in een staat die niet of niet meer een lidstaat van de Europese Unie is. Een in het buitenland geopende insolventieprocedure heeft met uitzondering van hier te lande gelegde beslagen rechtswerking in Nederland,² zonder dat een werkelijke toets plaatsvindt, noch voorafgaand aan de erkenning, noch na de erkenning. Daarmee vaart Nederland een tamelijk universalistische koers. Die universalistische koers is niet het gevolg van de wet maar van jurisprudentie van de Hoge Raad. Het meest recente arrest op dit punt dateert van 2013.³ Lang daarvoor, in 1890, merkte de Raad van State op dat men bij een universalistische benadering in het oog moet houden dat dan ook ‘een faillissement uit Turkije of Tunis zou moeten worden erkend’.⁴ Het lijkt erop dat de Raad van State destijds zijn best heeft gedaan om de meest afschrikwekkende voorbeelden te verzinnen. Tegenwoordig zouden mensen met gevoel voor nuance staten niet meer bij naam noemen; iets meer dan honderd jaar na het advies van de Raad van State spraken delegaties van westerse landen tijdens de onderhandelingen die hebben geleid tot de Uncitral Model Law⁵ eufemistisch wel over ‘landen met een andere rechtstraditie’.

-
- 1 Dit preadvies is deels een bewerking van eerdere publicaties van mijn hand: A.J. Berends, ‘Het Europese Verdrag betreffende insolventieprocedures en de UNCITRAL Modelwet inzake grensoverschrijdende insolventie met elkaar vergeleken’, in: R.J. van Galen, J.C. van Apeldoorn en A.J. Berends, *Grensoverschrijdende insolventieprocedures*, Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht, deel 117, preadvies, Deventer: Kluwer 1998, p. 159-299; A.J. Berends, *Grensoverschrijdende Insolventie*, Amsterdam: Nederlands Instituut voor het Bank- en Effectenbedrijf 1999; A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht* (diss. Amsterdam, VU), Kluwer: Deventer 2005 (eerste druk), p. 12-55, Kluwer: Deventer 2011 (tweede druk), p. 12-41; A.J. Berends en M.A. Broeders, ‘Voorbespreking preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht’, *NTBR* 2012/49; A.J. Berends, ‘Internationaal insolventierecht: wat is er nog over van het territorialiteitsbeginsel?’, *TvI* 2014/33.
 - 2 Aldus samengevat door B. Wessels in zijn noot onder Bundesgerichtshof Zwitserland 27 maart 2015, *JOR* 2015/219.
 - 3 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668, *NJB* 2013, 2016, *RvdW* 2013, 1062, *NJ* 2012, 424, *NJ* 2014, 454, m.nt. M.Th.B. (*Yukos II*); J.R. Berkenbosch, ‘De bijdrage van de Hoge Raad aan het Rusland-jaar: de automatische erkenning van een niet-EU-faillissement’, *TvI* 2014, 6; *JOR* 2015/50, m.nt. R.I.V.F. Bertrams; *Ondernemingsrecht* 2014, 41, m.nt. M. Reumers; *JPr* 2014, 16, m.nt. T.M. Bos; A.J. Berends, ‘Internationaal insolventierecht: wat is er nog over van het territorialiteitsbeginsel?’, *TvI* 2014, 33; zie ook 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.
 - 4 Af te leiden uit de beraadslagingen van de Tweede Kamer op 25 april 1893, gepubliceerd in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Heruitgave Geschiedenis van de Wet op het Faillissement en de Surseance van betaling, deel II, bewerkt door mr. G.W. Baron van der Feltz, Haarlem 1987: Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (Van der Feltz II), p. 291.
 - 5 UNCITRAL Model law on Cross-Border Insolvency (1997) with Guide to enactment and Interpretation (2013), raadpleegbaar op www.uncitral.org. ‘UNCITRAL’ is een afkorting van United Nations Commission on International Trade Law.

In dit preadvies zal blijken dat de benadering waarvoor de Hoge Raad heeft gekozen in naam nog steeds territorialistisch is, maar in werkelijkheid sterk universalistisch. Dat is overigens geen originele constatering van mijzelf; ook anderen hebben dat geschreven.⁶ Deze universalistische benadering leidt ertoe dat insolventieprocedures geopend in andere staten hier de facto worden erkend en hier gevolgen hebben, zonder dat daaraan voorwaarden worden verbonden. Overigens is het enkele feit dat een insolventieprocedure is geopend in een ‘land met een andere rechtstraditie’ nog geen reden om aan die procedure hier geen gevolgen toe te kennen; het is mogelijk dat een in zo’n land geopende procedure toch voldoet aan onze maatstaven. Evenmin wordt beoordeeld of aan de belangen van de schuldeisers en andere belanghebbenden, onder wie ook de schuldenaar, in de buitenlandse procedure recht wordt gedaan. Om het wat gekleurder te zeggen: aan de curatoren in buitenlandse procedures wordt hier zo goed als geen strobreed in de weg gelegd voor zover crediteuren niet bezig zijn zich individueel op in Nederland gelegen goederen te verhalen. Dat is ongewenst.

De vraag is hoe we de deur kunnen openen voor procedures die dat verdienen, en hoe we de deur kunnen sluiten voor procedures die dat niet verdienen.

In dit preadvies zal ik betogen dat een universalistische benadering tot op zekere hoogte gewenst is, maar dat de Hoge Raad is doorgesloten. Voorts zal ik twee alternatieven schetsen, die weliswaar uitgaan van universaliteit, maar waarin de nadelen van de universalistische benadering worden gemitigeerd. Voordat ik daaraan toekom, geef ik eerst een korte uiteenzetting van de benaderingen in de theorie. Vervolgens zal ik de weg schetsen die de Hoge Raad heeft afgelegd om aan te komen waar hij nu staat.

Het gaat in dit preadvies om insolventieprocedures die niet onder de Insolventieverordening vallen: noch onder de huidige Insolventieverordening,⁷ noch onder de herziene Insolventieverordening, die op 26 juni 2017 in werking treedt.⁸ In dit preadvies reserveer ik de term ‘buitenlandse insolventieprocedures’ voor deze insolventieprocedures. Daaronder vallen insolventieprocedures die zijn geopend in staten die geen lid zijn van de Europese Unie, noch in Denemarken. Wat de gevolgen van het op 23 juni 2015 gehouden referendum over de Brexit precies zullen zijn, is op dit moment nog niet bekend. Rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de in het Verenigd Koninkrijk geopende insolventieprocedures die nu nog onder de Insolventieverordening vallen, straks niet meer worden bestreken door die verordening. In dat geval moeten de Britse (1) *winding-up by or subject to the supervision of the court*, (2) *creditor’s voluntary winding up*, (3) *administration*,

6 Zie de commentaren op het arrest *Yukos II*, genoemd supra, noot 3.

7 Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEG* 2000, L 160/1.

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

(4) *voluntary arrangements* en (5) *bankruptcy or sequestration* ook onder ‘buitenlandse procedures’ worden begrepen. Voorafgaand aan het Britse referendum was er al aanleiding om aandacht te besteden aan de gevolgen in Nederland van buitenlandse insolventieprocedures; sinds de Britten hebben gekozen voor een uittreding uit de Europese Unie, is die aanleiding alleen maar sterker geworden. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de Engelse *scheme of arrangement* niet wordt beschouwd als een insolventieprocedure.⁹ De beschouwingen in dit preadvies zijn daarom niet van belang voor het antwoord op de vraag of deze Engelse procedure in Nederland moet worden erkend en zo ja, op grond waarvan en wat daarvan de gevolgen zijn.

In dit preadvies zal regelmatig de term ‘lex concursus’ vallen. Daarmee bedoel ik het recht van de staat waar een insolventieprocedure is geopend.

9 Zie daarover H.L.E. Verhagen en J.J. Kuipers, ‘De erkenning van een Engelse Scheme of Arrangement door de Nederlandse rechter’, in: S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (red.), *Overeenkomsten en insolventie* (nr. 72 in de serie *Onderneming en Recht*), Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 4.17. Zie ook T. Bos, ‘De verhouding tussen de EEX-Verordening (Brussel I) en de Insolventieverordening’, *WPNR* 6892 (2011), p. 548-557; B. Wessels, ‘Scheme of Arrangement: a viable European rescue strategy?’, *Ondernemingsrecht* 2010, p. 710-712.

1 BENADERINGEN IN DE THEORIE

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.

1.1 TERRITORIALITEITSBEGINSEL

Onder het territorialiteitsbeginsel versta ik het beginsel dat een insolventieprocedure geen gevolgen kan hebben in een andere staat dan de staat van opening.¹⁰ 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.¹¹ 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,

10 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.

11 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. Drobnič, 'Cross-border Insolvency: General Problems', in: *Special Issue of FORUM Internationale*, Seminar on the occasion of the Tenth Anniversary of FORUM Internationale, Deventer 1993, p. 12.

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’.¹² 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.

In het algemeen lijken curatoren die graag buiten hun eigen staat wensen te opereren de grootste tegenstanders van het territorialiteitsbeginsel. Broeders noemt vijf nadelen van het territorialiteitsbeginsel: (1) het maakt herstructurering buitengewoon moeilijk omdat een lokale procedure in de regel zal zijn gericht op realisatie ten behoeve van lokale crediteuren; (2) het staat in de weg aan een verkoop *going concern* van een internationale onderneming; (3) het leidt tot arbitraire en onvoorspelbare resultaten, vooral omdat eventuele uitkeringen aan crediteuren in de verschillende betrokken landen in hoge mate afhankelijk zijn van de activa die zich op het moment van opening van de insolventieprocedure toevallig in die landen bevinden; (4) het biedt de mogelijkheid voor manipulatie door verplaatsing van het ene land naar het andere land, en (5) buitenlandse schuldeisers zullen niet of onvoldoende worden geïnformeerd omdat de insolventie in essentie een nationale aangelegenheid is.¹³

Ik ben geen voorstander van het territorialiteitsbeginsel, maar niet alle nadelen spreken mij evenveel aan. Ik heb het territorialiteitsbeginsel gedefinieerd als het beginsel dat een insolventieprocedure geen gevolgen kan hebben in een andere staat dan de staat van opening. Dat betekent niet automatisch dat buitenlandse schuldeisers hun vordering niet zouden kunnen indienen in een insolventieprocedure. Als in elke staat waar activa zijn een insolventieprocedure wordt geopend, en alle schuldeisers kunnen in alle procedures hun vordering indienen, is de uiteindelijke verdeling van de opbrengst van alle activa over alle schuldeisers niet zo arbitrair. Het tegenovergestelde heeft ook iets arbitrairs, namelijk wanneer onder het universaliteitsbeginsel de opbrengst van alle activa in alle betrokken landen wordt verdeeld volgens de rangorde van de staat waar de insolventieprocedure wordt geopend. Nadeel 3 vind ik dan ook niet zo sterk. Voorts leidt de regel dat een insolventieprocedure geen gevolgen heeft over de grenzen heen, niet per se ertoe dat buitenlandse schuldeisers niet of onvoldoende worden geïnformeerd. Nadeel 5 vind ik daarom evenmin erg sterk. Voorts vraag ik mij af of een lokale procedure – bedoeld zal zijn een procedure die geen gevolgen heeft in het buitenland – in de regel zal zijn gericht op reali-

12 J.L. Westbrook, ‘Choice of avoidance law in global insolvencies’, *Brooklyn Journal of International Law* 1991, p. 399 e.v., ook op de website van het International Insolvency Institute, www.iiglobal.org/country/usa/ChoiceAvoidance/pdf.

13 M.A. Broeders, ‘Naar een Nederlandse regeling voor de erkenning van grensoverschrijdende insolventies’, *Ondernemingsrecht* 2006/4.

satie ten behoeve van de lokale schuldeisers. Zou de Nederlandse doorstart niet zijn ontwikkeld indien wij niet zouden hebben gepretendeerd dat ons faillissement werking heeft in het buitenland? Ook bij nadeel 1 kan dus een kanttekening worden geplaatst.

Ik houd het daarom erop dat het grote nadeel van het territorialiteitsbeginsel is dat in elke betrokken staat een insolventieprocedure moet zijn geopend, wat kostbaar is, en dat de schuldenaar nog goederen kan verplaatsen uit een staat waar een in een andere staat geopende insolventieprocedure geen gevolgen heeft, zelfs indien de buitenlandse insolventieprocedure voldoet aan alle maatstaven van de staat waar de goederen zijn gelegen.

Vroeger leken staten iets minder gereserveerd tegenover het territorialiteitsbeginsel te staan wanneer het ging om de vraag of zij wilden toestaan dat een in een andere staat geopende insolventieprocedure op hun eigen grondgebied gevolgen moest hebben. In het algemeen geldt echter wel dat het territorialiteitsbeginsel op zijn retour is, maar daarmee is nog niet gezegd dat veel staten het andere uiterste – een onversneden universaliteit – volledig omarmen.

Het territorialiteitsbeginsel is echter ook wel verdedigd, evenwel op gronden die weinig tot geen navolging hebben gevonden in de literatuur, reden waarom ik deze hier onbesproken laat en verwijs naar de vindplaatsen.¹⁴

1.2 UNIVERSALITEITSBEGINSEL

Onder het universaliteitsbeginsel heeft een in een bepaalde staat geopende insolventieprocedure werking in andere staten. Drobniġ onderscheidt actieve universaliteit en passieve universaliteit.¹⁵ 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 een onversneden universaliteit moet worden aanvaard dat ook de omzetting in een insolventieprocedure van een schuld in een natuurlijke verbintenis werkt in alle andere staten.¹⁶ Dat laat onverlet dat het onderscheid tussen actieve universaliteit en passieve universaliteit zinvol is. De voordelen van het universaliteitsbeginsel zijn het spiegelbeeld van de nadelen

14 L.M. LoPucki, 'Cooperation in international bankruptcy: a post-universalist approach', *Cornell Law Review* 1999, p. 696; L.M. LoPucki, 'The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy', *Michigan Law Review* 2000, p. 2216 e.v.

15 Drobniġ 1993, p. 13.

16 Deze vraag kwam aan de orde in het hierna te bespreken *Vleeschmeesters*-arrest uit 1996 (HR 31 mei 1996, NJ 1998, 108, m.nt. Th. M.dB, 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 een schuld in een natuurlijke verbintenis niet ertoe kon leiden dat schuldeisers zich niet meer konden verhalen op in Nederland gelegen goederen.

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.¹⁷ 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.

1.3 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.

1.4 ANDERE BENADERINGEN

Voor de volledigheid noem ik nog drie andere benaderingen. Zij hebben evenwel in de literatuur weinig weerklank gekregen, zodat ik volsta met deze slechts aan te stippen. De eerste is dat de betrokkenen het recht kiezen dat van toepassing is op een insolventieprocedure.¹⁸ Zoals hierboven gezegd is de vraag naar het toepasselijke recht een andere dan de vraag in hoeverre een insolventieprocedure werking heeft in een andere staat. Om die reden staat deze benadering niet op dezelfde hoogte als het territorialiteitsbeginsel of het universaliteitsbeginsel, nog afgezien van de praktische complicaties van deze rechtskeuzebenadering.

De tweede benadering is de protocolbenadering, die erop neerkomt dat de betrokkenen een protocol sluiten met betrekking tot de vraag hoe een insolventieprocedure wordt

17 Zie HR 15 april 1955, *NJ* 1955, 542.

18 R.K. Rasmussen, 'A new approach to transnational insolvencies', *Michigan Journal of International Law* 1997, p. 1 e.v.

afgewikkeld.¹⁹ Nog ervan afgezien of dat is toegestaan door de toepasselijke rechtsstelsels is het maar de vraag of het wel realistisch is dat de betrokkenen in een concreet geval tot in detail overeenstemming kunnen bereiken over de aspecten van de insolventieprocedure, en dat dan ook nog eens binnen een afzienbare tijd.

Tot slot noem ik een derde benadering, de Neuorientierung.²⁰ In deze benadering moet de vraag of een saneringsprocedure dan wel een liquidatieprocedure moet worden geopend, worden beantwoord door één recht. Is eenmaal vastgesteld welk karakter de insolventieprocedure heeft, dan is een grote rol voor de *lex concursus* weggelegd. Ook hier gaat het meer om de vraag welk recht van toepassing is, dan om de vraag wat de werking in de ene staat is van een insolventieprocedure in een andere staat.

19 E.D. Flaschen en R.J. Silverman, 'Cross-Border Insolvency Cooperation Protocols', *Texas International Law Journal* 1998, p. 587 e.v.

20 P. von Wilmsowsky, 'Internationales Insolvenzrecht – Plädoyer für eine Neuorientierung', *Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht* 1997, p. 1462 e.v.; P. von Wilmsowsky, Choice of law in international insolvencies – a proposal for reform', in: J. Basedow en T. Kono, *Legal Aspects of Globalization*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer 2000, p. 197 e.v.

2 HET NEDERLANDSE RECHT

2.1 DE WET

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op het Nederlandse recht. Het gaat daarbij in het bijzonder om het inkomende verkeer: welke gevolgen heeft een in het buitenland geopende procedure in Nederland?

In het oorspronkelijke ontwerp van de Faillissementswet dat de toenmalige Staatscommissie in 1879 heeft geschreven, was een artikel 211 opgenomen, dat luidde:

‘De in het buitenland door de aldaar bevoegde macht uitgesproken faillietverklaring wordt in Nederland erkend.

Zij heeft ten aanzien van rechten en rechtshandelingen, waarop de Nederlandse wet van toepassing is, dezelfde gevolgen als eene in Nederland uitgesproken faillietverklaring zou hebben.’

Volgens de Staatscommissie zou Nederland daarmee ‘aan de spits der moderne rechtsontwikkeling gekomen zijn’.²¹ Dat is inderdaad wel het minste dat over deze bepaling zou kunnen worden gezegd. De regering heeft deze bepaling echter niet overgenomen.

De tiende afdeling van de eerste titel van de Faillissementswet heeft als opschrift ‘Bepalingen van internationaal recht’. Dit opschrift is wel ‘weidsch’²² en ‘eenigszins pretentieus’²³ genoemd: wie daarin verwacht een antwoord te vinden op de vraag naar de gevolgen in Nederland van een buitenlands faillissement, komt inderdaad bedrogen uit. De afdeling bestaat uit slechts drie artikelen, 203 tot en met 205, en gaat over de situatie waarin in Nederland een faillissement is uitgesproken en schuldeisers verhaal nemen op in het buitenland gelegen goederen.

De conclusie is dat de Faillissementswet geen regeling met betrekking tot de erkenning in Nederland van een buitenlands faillissement bevat.

21 Aldus Kamerlid Hintzen tijdens de Beraadslaging in de Tweede Kamer op 25 april 1893, die daarmee het standpunt van de Staatscommissie weergeeft: G.W. baron van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het Faillissement en de Surséance van Betaling*, Haarlem: de Erven F. Bohn 1896, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (facsimile uitgave), deel II, p. 303 (hierna: Van der Feltz II).

22 Verslag van de Tweede Kamer, Van der Feltz II, p. 291.

23 Kamerlid Hintzen tijdens de Beraadslaging in de Tweede Kamer op 25 april 1893, Van der Feltz II, p. 303.

Speelt artikel 431 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) nog een rol? Dit artikel bepaalt:

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.

Uit de plaats van artikel 431 Rv zou kunnen worden afgeleid dat het artikel uitsluitend betrekking heeft op veroordelende vonnissen en niet ziet op constitutieve, declaratoire of afwijzende vonnissen.²⁴ De beslissing tot opening van een insolventieprocedure is geen veroordelende beslissing. Betoogd kan worden dat de term 'tenuitvoerlegging' slechts van toepassing is op executabele beslissingen, dat wil zeggen beslissingen waarvan de naleving van die beslissing met behulp van executie- of dwangmiddelen kan worden afgedwongen. Sommige gevolgen van een beslissing tot opening van een insolventieprocedure zijn misschien nog wel met dwangmiddelen af te dwingen, maar of de opening van een insolventieprocedure als geheel als een executabele beslissing kan worden bestempeld, is maar de vraag. De conclusie is dat ook het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen regeling met betrekking tot de erkenning in Nederland van een buitenlandse insolventieprocedure bevat. Dit alles geeft de rechter een zekere bewegingsvrijheid ten aanzien van de erkenning van buitenlandse vonnissen die niet veroordelend zijn.²⁵ In de volgende paragraaf wordt besproken hoe de Hoge Raad van deze bewegingsvrijheid gebruik heeft gemaakt.

Tot slot merk ik op dat Nederland geen verdragen heeft gesloten waarin de erkenning van buitenlandse insolventieprocedures is geregeld. De conclusie is dat we geheel op de jurisprudentie zijn aangewezen voor het antwoord op de vraag welke gevolgen een buitenlandse insolventieprocedure in Nederland heeft.

2.2 DE JURISPRUDENTIE VAN DE HOGE RAAD TOT AAN YUKOS II

Zoals gezegd is de huidige stand van zaken dat een in het buitenland geopende insolventieprocedure rechtswerking in Nederland heeft, met uitzondering van hier te lande gelegde beslagen, zonder dat een werkelijke toets voor de erkenning plaatsvindt. Voordat ik het arrest bespreek waarin de Hoge Raad deze regel heeft uitgesproken, schets ik de weg die de Hoge Raad heeft afgelegd om tot dit oordeel te komen. Ik begin echter met te wijzen op een vonnis uit 1967 waarin de President van de Rechtbank Den Haag overweegt dat

24 Zie ook L. Strikwerda, *Inleiding in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015, par. 263.

25 Strikwerda 2015, par. 264.

hij ‘voorshands bezwaarlijk kan instemmen met de ruime toepassing van de universaliteitsleer’, uit vrees dat de positie van schuldeisers die hier te lande beslag kunnen leggen kan verslechteren indien de buitenlandse curator de hier gelegen activa overbrengt naar zijn eigen land.²⁶ Hij getuigt van een vooruitziende blik door op te merken dat het laatste woord ‘in de gecompliceerde materie van de universaliteitsleer nog niet is gezegd’.²⁷

2.2.1 *Hiret/Chiotakis*

Als beginpunt van de jurisprudentie van de Hoge Raad zou het arrest *Hiret/Chiotakis* kunnen worden beschouwd.²⁸ De feiten waren als volgt. Rathaus verkoopt en levert een partij bont aan de Franse vennootschap Abend. Abend betaalt niet. Abend verkoopt de partij bont door aan Frank te Amsterdam. Frank betaalt niet aan Abend. Abend wordt in Frankrijk failliet verklaard en Hiret wordt tot curator benoemd. Rathaus cedeert de vordering die zij op Abend heeft aan een Nederlandse vennootschap onder firma, waarvan Chiotakis een vennoot is. Chiotakis heeft nu dus een vordering op de boedel van Abend. Aangezien Frank nog een schuld heeft aan de boedel, legt Chiotakis conservatoir derdenbeslag onder Frank. De curator stelt dat Chiotakis dat niet kan doen, omdat de vordering die Abend had op Frank in de boedel valt. De voornaamste vraag die in cassatie overbleef, was de vraag of op activa die zich in Nederland bevinden, beslag kan worden gelegd indien zij toebehoren aan een persoon die in het buitenland aan een insolventieprocedure is onderworpen. Het Hof had overwogen dat het in Frankrijk uitgesproken faillissement Chiotakis niet belette om Abend ter zake van zijn vordering voor de krachtens de Nederlandse wet aangewezen rechter aan te spreken en voor deze vordering verhaal te zoeken op een zich in Nederland bevindend vermogensbestanddeel van Abend. De Hoge Raad overweegt:

‘dat het bestreden oordeel van het Hof echter juist is, vermits naar Nederlands recht, behoudens voor zover bij verdrag anders is bepaald, een op het vermogen van een in een ander land gefaillieerde aldaar rustend faillissementsbeslag niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten;
dat het ook reeds het standpunt van de Nederlandse Regering tijdens de voorbereidingen van de Faillissementswet was, dat de in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen van een in een ander land gefaillieerde slechts ingevolge

26 Pres. Rb. Den Haag 17 mei 1967, *NJ* 1967, 291.

27 Overigens getuigde hij van een minder uitziende blik door – in 1967 – op te merken dat de beraadslagingen die hebben geleid tot het Voorontwerp voor een E.E.G. faillissementsverdrag ‘langdurig’ waren. Kennelijk vond hij de vier jaar die de werkzaamheden toen hadden geduurd al lang. De Insolventieverordening zou pas 33 jaar later, in 2000, tot stand komen.

28 HR 2 juni 1967, *NJ* 1967, m.nt. H.E. Bröring, ECLI:NL:HR:1967:AB3520 (*Hiret/Chiotakis*).

een verdrag aan het vorderings- en verhaalsrecht van diens individuele crediteuren kunnen worden onttrokken.’

Op grond van de overweging dat een buitenlands faillissementsbeslag ‘niet mede omvat zijn in Nederland aanwezige baten’ zou nog kunnen worden gedacht dat aan een buitenlandse insolventieprocedure iedere werking in Nederland moet worden ontzegd. Mede naar aanleiding van deze uitspraak werd in een Expert Committee’s Report dat als *hand-out* werd gedistribueerd op een Judicial Colloquium, gehouden te Toronto op 22 en 23 maart 1995, Nederland, samen met Japan, als enige twee staten geplaatst in de categorie van de meest gesloten staten. Die kwalificatie werd tijdens het colloquium niet als positief gezien, *to put it mildly*. Een gevolg van die interpretatie dat in Nederland iedere werking aan een buitenlandse insolventieprocedure moet worden ontzegd, is dat de curator hier geen bevoegdheden kan uitoefenen die hij naar de *lex concursus* heeft. Beukenhorst geeft een vingerwijzing dat het arrest anders moet worden geïnterpreteerd door op te merken dat hij niet ervan is overtuigd dat de rechtspraak geen ruimte zou laten voor de opvatting dat een buitenlandse curator hier de bevoegdheden ingevolge de *lex concursus* kan uitoefenen, met dien verstande dat hij zal moeten aanvaarden dat de met het beslagaspect verbonden gevolgen van het buitenlandse faillissement hier niet volledig doorwerken.²⁹ Hij merkt daarbij nog op dat ook het – hierna te bespreken – *Vleeschmeesters*-arrest aan een dergelijke opvatting niet in de weg staat. Zie ook een publicatie van Polak uit 1996, waarin hij opmerkt dat van een buitenlands faillissement slechts enkele gevolgen worden erkend, waaronder de procesbevoegdheid van de curator.³⁰

2.2.2 *Vleeschmeesters*-arrest

Het volgende arrest in de reeks uitspraken van de Hoge Raad over de werking van een buitenlands faillissement in Nederland, is het *Vleeschmeesters*-arrest uit 1996.³¹ De feiten waren als volgt. Op grond van een overeenkomst stelt een Nederlandse vennootschap, De *Vleeschmeesters* geheten, een vordering te hebben op een zekere C in Frankrijk. C wordt in Frankrijk aan een insolventieprocedure onderworpen. De *Vleeschmeesters* dient de vordering in die procedure in. Ruim twee jaar later wordt de insolventieprocedure opgeheven op de grond dat er ‘insuffisance d’actif’ is. Ruim een half jaar daar weer na legt De *Vleeschmeesters* conservatoir derdenbeslag ten laste van C, die inmiddels weer in Nederland woont. Het beslag wordt gelegd onder een in Nederland gevestigde vennootschap. C stelt

29 D.H. Beukenhorst, boekbespreking, *WPNR* 6641 (2005).

30 M.V. Polak, ‘Effecten van een Duits faillissement in Nederland’, *TvI* 1996, p. 18-19.

31 HR 31 mei 1996, *NJ* 1998, 108, m.nt. Th. M. de Boer, *JOR* 1996/75, m.nt. P.M. Veder, *AA* 1997, p. 237, m.nt. P. Vlas; 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.

dat naar Frans recht opheffing van de insolventieprocedure wegens een ‘insuffisance d’actif’ een wijze van beëindiging is die tot gevolg heeft dat de voldoening van de in de insolventieprocedure ingediende vorderingen in beginsel niet langer afdwingbaar zijn. Het hof overweegt dat die stelling op zichzelf juist is. De vraag is: Indien een buitenlandse insolventieprocedure ertoe leidt dat de in de procedure ingediende vorderingen na afloop van de insolventieprocedure niet langer afdwingbaar zijn, kan dat gevolg vervolgens in Nederland worden ingeroepen? Anders gezegd: heeft de omzetting door de Franse rechter van de schulden in een natuurlijke verbintenis gevolgen in Nederland? Zo ja, dan kan De Vleeschmeesters voldoening van haar vordering niet langer afdwingen met een conservatoir derdenbeslag. Zo nee, dan heeft het rechtsfeit dat de vordering door een Franse rechter is omgezet in een natuurlijke verbintenis, hier geen werking en kan voldoening van de vordering worden afgedwongen door middel van conservatoir derdenbeslag. Voor de goede orde wordt erop gewezen dat dit arrest is gewezen voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Insolventieverordening. De Hoge Raad overweegt:

‘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.’

Het antwoord op de vraag of de omzetting door de Franse rechter van de schulden in een natuurlijke verbintenis gevolgen heeft in Nederland is dus: nee. De Hoge Raad herhaalt de formulering uit het arrest *Hiret/Chiotakis*: een in een ander land uitgesproken faillissement omvat niet mede zijn in Nederland aanwezige baten. 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 gebezigd. 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.

2.2.3 *Gustafsen/Mosk*

In 1997 kreeg de Hoge Raad opnieuw de kans zich uit te laten over het territorialiteitsbeginsel, nu in het arrest *Gustafsen/Mosk*.³² De belangrijkste vraag in dit arrest was welk recht van toepassing is op een door een buitenlandse curator ingestelde actio pauliana. Ik beperk mij tot de aspecten van het territorialiteitsbeginsel. De rechtbank had een territoriale benadering gekozen: de gevolgen van een buitenlands faillissement kunnen zich niet uitstrekken buiten het grondgebied van die andere staat.³³ De Hoge Raad zegt dat het territorialiteitsbeginsel geen rol speelt bij het antwoord op de vraag welk recht een actio pauliana beheerst. De Hoge Raad overweegt:

‘Het antwoord op de vraag welk recht de bevoegdijk ingestelde faillissementspauliana beheerst, ligt niet besloten ligt in het territorialiteitsbeginsel. Weliswaar brengt dit beginsel volgens [Hiret/Chiotakis] mee 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, doch dat de door [de buitenlandse curator] geldend gemaakte vordering tot terugbetaling van het door de [schuldenaar] voor [diens] faillietverklaring aan de [Nederlandse vennootschap] betaalde bedrag, gesteld al dat deze vordering op zichzelf zou kunnen worden beschouwd als een in Nederland aanwezige – aan de failliete boedel onttrokken – bate, behoort naar de huidige stand van de rechtsontwikkeling niet af te stuiten op deze mogelijke localisering in Nederland.’

Zelfs indien de actio pauliana betrekking heeft op een vordering die in Nederland wordt gelokaliseerd, dan nog betekent dat niet dat het territorialiteitsbeginsel met zich meebrengt dat de actio pauliana hier niet kan worden ingesteld. De Hoge Raad noemt het territorialiteitsbeginsel dus wel, maar zegt daarvan dat het hier geen rol speelt. In zijn conclusie herhaalt A-G Strikwerda de formules uit *Hiret/Chiotakis*, namelijk dat de rechtsgevolgen die door het buitenlandse faillissementsrecht 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. Hij voegt daaraan toe dat aan de werking in Nederland van andere gevolgen van het in het buitenland uitgesproken faillissement het territorialiteitsbeginsel niet in de weg staat.

Veder achtte in 2008, dus toen dit arrest nog het meest recente arrest op dit terrein was, het toen geldende Nederlandse commune internationaal insolventierecht niet alleen

32 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 316, m.nt. Th.M. de Boer.

33 Aldus De Boer in zijn noot.

gebaseerd op achterhaalde gedachten, maar hij was tevens van mening dat het leidde tot voor de praktijk ongewenste rechtsonzekerheid,³⁴ alsook dat Nederland volledig uit de pas loopt met de ontwikkelingen in de wereld om ons heen.³⁵

2.2.4 *Yukos I*

De laatste stap in de aanloop naar *Yukos II* was *Yukos I*.³⁶ Yukos Oil Company (hierna: Yukos) was in Rusland onderworpen aan een insolventieprocedure. De feiten waren, voor zover hier van belang, als volgt. Yukos was 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 advocaat-generaal te citeren,

‘om de vraag of het territorialiteitsbeginsel, dat naar commuun 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]³⁷ 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.

34 P.M. Veder, ‘Plaatst Nederland zich alsnog “aan de spits der moderne rechtsontwikkeling”?’; in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 195-207, i.h.b. p. 205.

35 Veder 2008, p. 207.

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

37 Toevoeging door auteur.

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 zo ver dat andere gevolgen hier evenmin werken.

2.3 YUKOS II

2.3.1 *Het arrest*

Het arrest *Yukos II* betrof de vraag of de Russische curator in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen mag liquideren teneinde de opbrengst daarvan uit te keren aan de in het Russische faillissement erkende schuldeisers. Het ging om aandelen waarvan de gefailleerde Yukos eigenaar was, en wel om aandelen in dezelfde Nederlandse vennootschap waarvan de curator in *Yukos I* de bestuurders wilde vervangen.

Het Hof Amsterdam overwoog dat het Russische faillissementsbeslag niet op die aandelen is komen te rusten.³⁸ Dat is een herhaling van de hierboven aangehaalde jurisprudentie van de Hoge Raad. Het hof vervolgt met de overweging:

‘Weliswaar vormt de in het Nederlandse recht aanvaarde territorialiteit voor de elders benoemde curator geen absoluut beletsel om ten aanzien van de in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen beheers- en beschikkingsbevoegdheden uit te oefenen, maar die bevoegdheidsuitoefening kan niet zó ver gaan dat de curator deze vermogensbestanddelen als curator mag liquideren teneinde de opbrengst daarvan uit te keren aan de in het Russische faillissement erkende crediteuren. Dusdoende zou immers worden bereikt dat activa die naar Nederlands recht niet onder het faillissementsbeslag vallen, door de verkoop ervan niettemin wel in de vereffening van de boedel worden betrokken, zodat het faillissementsbeslag een breder bereik krijgt dan het territorialiteitsbeginsel ten opzichte van in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen toestaat. Daar komt nog bij dat de verhaalsmogelijkheden van onvoldane crediteuren – tijdens of na afloop van het faillissement – op de zich in Nederland bevindende aandelen in de Nederlandse vennootschap door die verkoop en levering ter afwikkeling van het Russische faillissement worden beperkt.’

38 Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *JOR* 2011/29, m.nt. P.M. Veder, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO1035. Zie over dit arrest ook L. Lennarts en P.M. Veder, ‘The Dutch Domestic Cross-Border Insolvency Framework (and Why it is Badly in Need of Reform, Illustrated by the Yukos Litigation’, *International Insolvency Law Review* 2012, p. 220-233, die het gebrek aan duidelijke regels een moeras (‘quagmire’) noemen.

A-G Vlas is het eens met het hof. De Hoge Raad ziet het evenwel anders en vernietigt het arrest van het hof.³⁹ 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 die 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.’

Tot zover niets nieuws. De Hoge Raad vervolgt met:

‘Deze regels, waarin de beslissing van een drietal eerdere arresten werd herhaald [*Hiret/Chiotakis*, *Vleeschmeesters* en *Gustafsen/Mosk*, auteur], 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 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

39 HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5668. Zie voor annotaties supra, noot 3.

vermogensbestanddelen toebehorend aan de (voormalige) gefailleerde in Nederland aanwezig zijn, onvoldane schuldeisers zich daarop kunnen verhalen.

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 beschikkingsbevoegdheid 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.⁷

De Hoge Raad neemt nog steeds als uitgangspunt dat in Nederland het territorialiteitsbeginsel werkt. Het enige gevolg van het territorialiteitsbeginsel is dat onvoldane crediteuren zich voor of tijdens de insolventieprocedure kunnen verhalen op in Nederland gelegen vermogensbestanddelen van de gefailleerde. Dat is zeker een beperking van belang. Een in het buitenland geopende insolventieprocedure leidt dus niet ertoe dat hier te lande gelegde beslagen vervallen. Voorts verhindert een in het buitenland geopende insolventieprocedure niet dat tijdens de insolventieprocedure in Nederland beslagen worden gelegd. Het territorialiteitsbeginsel staat echter niet eraan in de weg dat andere gevolgen van een in het buitenland geopende insolventieprocedure in Nederland werking hebben. Zie De Boer:

‘Van het territorialiteitsbeginsel blijft in deze visie niet veel over. Het verzette zich al niet tegen de bevoegdheid van de curator om een vordering op grond van de faillissementspauliana in te stellen (Gustafsen-Mosk), noch ook tegen diens bevoegdheid om de aandeelhoudersrechten van de gefailleerde uit te oefenen (Yukos I), en blijkens (...) Yukos II óók niet tegen zijn bevoegdheid om over te gaan tot verkoop en levering van in Nederland aanwezige activa, tenzij die inmiddels voorwerp zijn van individuele executiemaatregelen.

(...)

Het arrest wekt (...) de indruk dat een buitenlands faillissement, behoudens enkele uitzonderingen (zie regel c) geen extraterritoriale werking heeft, terwijl we in werkelijkheid steeds verder zijn opgeschoven in universalistische richting.⁴⁰

Tot aan *Yukos II* kon worden gedacht dat er een onduidelijkheid was. Aan de ene kant moeten verhaalsmogelijkheden kunnen worden uitgeoefend, maar aan de andere kant

40 Th.M. de Boer, noot onder *Yukos II*, NJ 2014, 454, par. 4 en 5.

mag de curator bevoegdheden uitoefenen. Wat nu, indien de curator een bevoegdheid uitoefent waardoor schuldeisers hun verhaalsmogelijkheden niet meer kunnen uitoefenen? In *Yukos II* laat de Hoge Raad toe dat de verhaalsmogelijkheden van onvoldane schuldeisers niet langer kunnen worden uitgeoefend als gevolg van de uitoefening van bevoegdheden door de curator. Ik merk nadrukkelijk op dat de Hoge Raad de hierboven aangehaalde regel (b) beperkt tot *rechtsgevolgen*: het territorialiteitsbeginsel verhindert dat de *rechtsgevolgen* van een buitenlandse insolventieprocedure ertoe zouden leiden dat mogelijkheden van verhaal op in Nederland aanwezige goederen verloren gaan. De Hoge Raad beperkt regel (c) niet tot *rechtsgevolgen*, maar spreekt daar van gevolgen *tout court*. Het territorialiteitsbeginsel gaat dus niet zo ver dat gevolgen die geen *rechtsgevolgen* zijn hier evenmin werken. Anders gezegd: de Hoge Raad heeft de reikwijdte van het territorialiteitsbeginsel zodanig beperkt dat verhaalsmogelijkheden de facto kunnen worden aangetast. In de woorden van het hof dat het arrest a quo heeft gewezen, wordt dusdoende bereikt dat activa die naar Nederlands recht niet onder het faillissementsbeslag vallen, door de verkoop ervan niettemin wel in de vereffening van de boedel worden betrokken. Het territorialiteitsbeginsel verhindert niet dat de buitenlandse curator bevoegdheden uitoefent, hetgeen het onvoldaan gebleven crediteuren feitelijk onmogelijk maakt zich individueel op in Nederland gelegen vermogensbestanddelen te verhalen.⁴¹

Zoals ik in de inleiding de huidige stand van zaken al samenvatte: Een in het buitenland geopende insolventieprocedure heeft met uitzondering van hier te lande gelegde beslagen rechtswerking in Nederland, zonder dat een werkelijke toets plaatsvindt, noch voorafgaand aan de erkenning, noch na de erkenning. De uitzondering komt erop neer dat beslagen kunnen worden gelegd tot aan het moment van levering door de curator.

Ter zijde: aangenomen moet worden dat het vooral aan dit arrest is te danken dat het Zwitserse Bundesgerichtshof een Nederlands faillissement erkende.⁴² Zwitserland erkent buitenlandse insolventieprocedures alleen op basis van reciprociteit, dat wil zeggen, insolventieprocedures die zijn geopend in een staat die op zijn beurt ook gevolgen toekent aan insolventieprocedures die in een andere staat zijn geopend.

2.3.2 *Appreciatie met betrekking tot de uitkomst*

2.3.2.1 **Automatische erkenning**

Ik heb tegen het arrest bezwaren van tweeërlei aard. Het eerste bezwaar richt zich tegen de uitkomst. Dit bezwaar richt zich niet tegen de enkele omstandigheid dat het onvoldaan

41 Th.M. de Boer, noot onder *Yukos II*, NJ 2014, 454, par. 1.

42 Bundesgerichtshof 27 maart 2015, JOR 2015/219, m.nt. Wessels; F.H. van der Beek, 'Werking van een Nederlands faillissement in Zwitserland: eindelijk erkenning!', *TvI* 2015/48.

gebleven crediteuren onmogelijk wordt gemaakt zich te verhalen op in Nederland gelegen goederen. Dat crediteuren zich niet langer individueel kunnen verhalen op tot de boedel behorende goederen is een normaal gevolg van de opening van een insolventieprocedure. Mijn bezwaar is dat, in de woorden van Veder, er geen toetsing aan de poort plaatsvindt.⁴³ De huidige situatie komt erop neer dat er een automatische erkenning is zonder rechterlijke tussenkomst. Ook al leidt die erkenning niet ertoe dat de buitenlandse insolventieprocedure hier alle gevolgen heeft (individueel beslag blijft immers mogelijk zolang de curator nog geen goederen heeft verplaatst en te gelde heeft gemaakt), toch is zo'n automatische erkenning zonder rechterlijke tussenkomst ongewenst.⁴⁴ De volgende vragen worden niet gesteld:⁴⁵

1. Is er überhaupt wel sprake van een insolventieprocedure?
Zo nee, dan is er niet eens een insolventieprocedure die de in Nederland gelegen vermogensbestanddelen kan omvatten.
2. Is de buitenlandse rechter wel bevoegd?
Misschien heeft de buitenlandse rechter wel een insolventieprocedure geopend, maar indien hij daartoe niet bevoegd was, is er evenmin een insolventieprocedure die de in Nederland gelegen vermogensbestanddelen omvat.
3. Is de insolventieprocedure in strijd met de openbare orde?
Het betreft hier de vraag of de wijze waarop de beslissing om een insolventieprocedure te openen genomen is, in strijd met de openbare orde is. Heeft de schuldenaar wel voldoende mogelijkheden gehad zich te verweren tegen het verzoek om opening van een insolventieprocedure? Dat deze vraag in het geval van *Yukos* niet eenvoudig is te beantwoorden, blijkt wel uit het feit dat het Hof Amsterdam pas in mei 2017 op deze vraag een antwoord heeft gegeven.⁴⁶
4. Zijn de gevolgen van de insolventieprocedure in strijd met de openbare orde?
Voorstelbaar is dat de wijze waarop de beslissing tot opening van de insolventieprocedure tot stand is gekomen op een wijze die beantwoordt aan onze maatstaven, maar dat vervolgens blijkt dat de insolventieprocedure gevolgen heeft die in strijd zijn met de openbare orde.
5. Wordt aan de belangen van de betrokkenen, niet alleen de crediteuren maar ook de schuldenaar zelf, wel voldoende recht gedaan als hun de mogelijkheid wordt ontnomen individueel verhaal te nemen op in Nederland gelegen goederen?

43 Noot van P.M. Veder onder *Yukos I*, *JOR* 2009/94, par. 9.

44 Ook Broeders is geen voorstander van een automatische erkenning zonder rechterlijke tussenkomst: Broeders, 2006, par. 6.

45 De eerste drie à vier vragen worden ook door Veder genoemd in zijn noot onder *Yukos I*.

46 Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1695. Zie ook Rb. Amsterdam 31 oktober 2007, *JOR* 2008/56, m.nt. P.M. Veder; Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *JOR* 2011/27.

Deze vraag gaat beduidend minder ver dan de vraag of er strijd is met de openbare orde. Ik kom daarop nog terug bij de bespreking van de Uncitral Model law.

6. Kunnen onvoldaan gebleven crediteuren hun vordering indienen in de buitenlandse insolventieprocedure?
7. Zo ja, worden zij in die insolventieprocedure eerlijk behandeld? Deze vraag lijkt op vraag 5.

Voorts is voorstelbaar dat, wanneer eenmaal een buitenlandse insolventieprocedure op grond van de antwoorden op bovengenoemde vragen is erkend, die erkenning nog niet betekent dat de insolventieprocedure hier alle gevolgen heeft die het toepasselijke recht – welk recht dat ook is – aan de procedure toekent. Voorstelbaar is, dat na de erkenning van een insolventieprocedure nog nadere toetsen plaatsvinden. Zo bepaalt artikel 21 lid 2 van de Uncitral Model law, waarover hieronder meer, dat na de erkenning van een buitenlandse procedure de buitenlandse curator alleen dan goederen te gelde mag maken indien de rechter hem daar op zijn verzoek toestemming voor heeft gegeven. Het was precies dit punt dat aan de orde kwam in *Yukos II*.

Bij de huidige stand van het recht na het arrest *Yukos II* is de situatie aldus dat de schuldeisers nog steeds individueel verhaal kunnen nemen op in Nederland gelegen goederen zo lang de curator hun dat feitelijk niet onmogelijk heeft gemaakt door de goederen te gelde te maken of te verplaatsen naar zijn eigen land. Misschien is het echter wel ongewenst dat schuldeisers nog steeds individueel verhaal kunnen nemen. Individueel verhaal is in strijd met de *paritas creditorum*; wanneer de buitenlandse insolventieprocedure aan al onze maatstaven voldoet, waarom zouden wij dan nog individueel verhaal toestaan, hetgeen de *paritas creditorum* doorkruist? Zie in dit verband een reactie van enkele niet met name genoemde Eerste Kamerleden die met leedwezen zagen dat de artikelen die de erkenning van een buitenlands vonnis regelden waren vervallen:

“Thans wordt de niet-executabiliteit van een vreemd vonnis dikwijls door een Nederlandsch crediteur misbruikt om goederen, die zich in Nederland bevinden, aan den boedel te onttrekken en daarop voor zich alleen verhaal te oefenen.”⁴⁷

De toets aan de poort zou dus ook tot gevolg kunnen hebben dat aan een buitenlandse insolventieprocedure niet minder maar juist meer gevolgen worden toegekend dan onder *Yukos II*, namelijk door toe te staan dat beslagaspect zich ook uitstrekt tot Nederland.

47 Van der Feltz II, p. 293.

Voorts is onder *Yukos II* niet duidelijk wat de positie van de gefailleerde schuldenaar is. Kan hij nu wel of niet beschikken over de in Nederland gelegen goederen? Op die vraag ga ik hierna, in paragraaf 2.3.3, in. Hier merk ik op dat de toets aan de poort de duidelijkheid zou kunnen verschaffen dat de schuldenaar niet langer kan beschikken over zijn in Nederland gelegen goederen.

Iets anders is dat het mij ontgaat waarom een buitenlandse beslissing tot opening van een insolventieprocedure automatisch gevolgen zou moeten krijgen terwijl bij andere buitenlandse beslissingen wel wordt beoordeeld of de buitenlandse rechter bevoegd is, of de beslissing tot stand is gekomen na een behoorlijke rechtspleging, en of er strijd is met de openbare orde. Dat verschil kan niet worden verklaard uit de omstandigheid dat een veroordelend vonnis ten uitvoer moet worden gelegd, terwijl van ‘tenuitvoerlegging’ in eigenlijke zin bij een faillissementsvonnis geen sprake is. In beide gevallen gaat het om het opnemen van een buitenlandse beslissing in de Nederlandse rechtsorde en om het toekennen in Nederland van gevolgen aan een buitenlandse beslissing.

De voorlopige conclusie is dat het voordelen heeft om een procedure verplicht te stellen alvorens de curator beheers- of beschikkingshandelingen mag verrichten met betrekking tot in Nederland gelegen goederen. In het systeem van de Hoge Raad wordt niet de vraag gesteld of de belangen van de schuldeisers of die van de schuldenaar zelf wel voldoende zijn beschermd. In mijn noot in *TvI* onder *Yukos II* heb ik de Hoge Raad enigszins roekeloos genoemd. Een toets aan de poort voorkomt roekeloosheid.

Berkenbosch acht een dergelijke procedure onwenselijk.⁴⁸ Hij meent dat een toets onder omstandigheden een efficiënte grensoverschrijdende faillissementsafwikkeling in de weg kan staan. Hij acht het een bezwaar dat een curator wordt gedwongen te investeren in een Nederlandse erkenningsprocedure terwijl op dat moment onzeker is of hij na een geslaagde erkenningsprocedure de Nederlandse vermogensbestanddelen te gelde kan maken en hoeveel dit oplevert. Bij twijfel zal de curator volgens hem afzien van de investering in een dergelijke procedure. Bovendien zou de erkenningsprocedure partijen eerder naar een contentieus geschil kunnen drijven.

Ik heb wel oog voor het door Berkenbosch genoemde argument dat het voor een curator lastig is om eerst in het buitenland erkenning te moeten vragen, en dat dat kosten met zich meebrengt. Dat nadeel weegt mijns inziens evenwel niet op tegen de risico's die we lopen als we geen controle vooraf meer hebben over wat we hier toelaten. Het is de prijs die moet worden betaald om te voorkomen dat schuldeisers onterecht verhaalsmogelijkheden kunnen verliezen, dat de *paritas creditorum* kan worden doorkruist, en om te

48 Berkenbosch 2014, par. 6.

beoordelen of de gefailleerde schuldenaar al dan niet over in Nederland gelegen vermogensbestanddelen moet kunnen beschikken.

2.3.2.2 Waarborgen?

In mijn noot onder *Yukos II* heb ik al opgemerkt dat men mij zou kunnen tegenwerpen dat de Hoge Raad aan het begin van rechtsoverweging 3.2.2 overweegt dat de buitenlandse curator ‘in beginsel’ beheers- en beschikkingshandelingen kan verrichten met betrekking tot in Nederland aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort, en dat de woorden ‘in beginsel’ ruimte bieden voor bescherming van belanghebbenden. Wat betekenen de woorden ‘in beginsel’? Verderop in diezelfde rechtsoverweging zegt de Hoge Raad dat de buitenlandse curator derhalve, *indien hij de bevoegdheid daartoe aan de lex concursus ontleent*, de zich in Nederland bevindende vermogensbestanddelen kan vervreemden en de opbrengst daarvan ten goede laten komen aan de faillissementsboedel. In deze zin keren de woorden ‘in beginsel’ niet terug. De door mij gecursiveerde passage in de als tweede weergegeven zin doet mij vermoeden dat aan de woorden ‘in beginsel’ een beperkte betekenis moet worden toegekend, namelijk dat de buitenlandse curator slechts dan in Nederland aanwezige goederen niet kan vervreemden indien hij daartoe naar de lex concursus niet bevoegd is, of indien daardoor reeds gelegde beslagen niet zouden worden gerespecteerd.

Eveneens in mijn noot onder *Yukos II* heb ik opgemerkt dat men mij ook zou kunnen tegenwerpen dat de overdracht aan de buitenlandse curator van in Nederland aanwezige goederen niet plaatsvindt indien er strijd is met de openbare orde. Terecht merkt Van Galen op dat niet altijd middelen beschikbaar zijn om strijd met openbare orde te bewijzen en dat het maar de vraag is of het wenselijk is dat die bewijslast op de schuldenaar of schuldeiser wordt gelegd.⁴⁹ Belangrijker is evenwel dat de openbare-orde-toets niet altijd geschikt is.⁵⁰ Als het gaat om de vraag of het recht van een andere staat kan worden toegepast, mag de openbare-orde-exceptie slechts als ultimum remedium worden ingezet tegen toepasselijk vreemd recht dat op essentiële punten afwijkt van fundamentele waarden en normen van het eigen forum;⁵¹ de openbare-orde-exceptie gaat uit van een kennelijke onverenigbaarheid met rechtsbeginselen die in de Nederlandse rechtsorde voor fundamenteel worden gehouden.⁵² Niet kan worden gezegd dat, steeds wanneer een schuldeiser in zijn verhaalsmogelijkheden is aangetast, op essentiële punten wordt afgeweken van funda-

49 R.J. van Galen, ‘Knelpunten in ons insolventierecht’, *Ondernemingsrecht* 2014/81, par. 5.

50 Anders: Berkenbosch 2014, par. 5.

51 A.P.M.J. Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer en S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. Deel 1. Algemeen Deel IPR*, Deventer: Kluwer 2013 (hierna: *Asser-Vonken* 10-1 2013/10), nr. 408.

52 *Asser-Vonken* 10-1 2013/10, nr. 395.

mentele Nederlandse waarden en normen of dat dat kennelijk onverenigbaar is met fundamentele Nederlandse rechtsbeginselen. De openbare-orde-exceptie gaat veel verder dan artikel 22 UNCITRAL Modelwet, dat slechts bepaalt dat 'by granting or denying relief (...) the court must be satisfied that the interests of the creditors and other interested persons, including the debtor, are adequately protected'. Daarnaast bevat de Modelwet nog een bepaling die expliciet over openbare orde gaat (art. 6 UNCITRAL Modelwet). De openbare-orde-exceptie is ook aanzienlijk meeromvattend dan hetgeen het hof in de *Yukos-II*-zaak heeft overwogen, namelijk dat de bevoegdheid van de curator niet zover kan gaan dat hij in Nederland aanwezige goederen mag liquideren. De exceptie gaat ook verder dan hetgeen de A-G in zijn conclusie bij *Yukos II* heeft opgemerkt, namelijk dat de universele geldingspretenties van het buitenlandse faillissement aanlopen tegen de grenzen van de territoriale beperking van het faillissement. Door het territorialiteitsbeginsel zeer beperkt op te vatten, lijkt tegen een benadeling van de schuldeisers alleen nog te kunnen worden opgekomen met een beroep op strijd met de openbare orde. Dat is in sommige gevallen het schieten met een kanon op een mug, en zal daarom soms als een te zwaar middel worden verworpen. Voor de goede orde merk ik op dat ik hier niet spreek over de vraag of de erkenning van de insolventieprocedure zelf moet worden geweigerd. Ik heb hier het oog op de situatie waarin er niets valt aan te merken op de wijze waarop de opening van de insolventieprocedure tot stand is gekomen; er is in overeenstemming gehandeld met bijvoorbeeld het fundamentele recht van de schuldeiser om te worden gehoord. De insolventieprocedure zelf kan worden erkend, maar toch is het mogelijk dat de schuldeisers op een ongerechtvaardigde manier worden benadeeld indien de in Nederland aanwezige goederen door de curator te gelde zouden worden gemaakt. Wanneer de erkenning van de insolventieprocedure zelf niet op grond van strijd met de openbare orde wordt geweigerd, zal met de openbare-orde-exceptie in te weinig gevallen de buitenlandse curator kunnen worden tegengehouden in zijn pogingen om hier te lande aanwezige goederen te vervreemden. Een oplossing die in lijn ligt met artikel 22 UNCITRAL Modelwet, het hof en de A-G in *Yukos II* is evenwichtiger en wenselijker dan de regel die de Hoge Raad in *Yukos II* heeft gegeven.

2.3.3 *Appreciatie met betrekking tot de redenering*

Het belangrijkste bezwaar tegen de redenering is misschien nog wel dat de Hoge Raad in naam nog steeds uitgaat van het territorialiteitsbeginsel, maar in wezen sterk universalistisch is geworden. 'We erkennen een niet-EU-faillissement niet, maar eigenlijk toch wel', aldus Bertrams.⁵³ Zie ook het citaat van De Boer hierboven,⁵⁴ alsook zijn noot onder *Yukos I*. In

53 Bertrams 2015, in een paragraaf die waarschijnlijk 4 had moeten worden genummerd.

54 Th.M. de Boer, noot onder *Yukos II*.

die noot wijst hij erop dat het territorialiteitsbeginsel zijn wortels heeft in het volkenrecht, waaraan hij de opmerking vastknoopt dat soevereine staten de bevoegdheid hebben regels te stellen, uit te voeren en te handhaven.⁵⁵ In Nederland hebben we de regel dat schuldeisers zich kunnen verhalen op in Nederland aanwezige goederen. Wanneer vervolgens wordt toegestaan dat die bevoegdheid feitelijk wordt aangetast door het optreden van een buitenlandse curator, kan bezwaarlijk worden gezegd dat die regel wordt gehandhaafd.

Als uitgangspunt wordt – vanuit dogmatisch oogpunt terecht – genomen dat het territorialiteitsbeginsel verhindert dat de verhaalsmogelijkheden *de iure* worden beperkt. De essentie van het territorialiteitsbeginsel is dat een insolventieprocedure geen gevolgen kan hebben in een andere staat dan de staat van opening, voor zover deze gevolgen indruisen tegen de soevereiniteit van die andere staat. Zie in dit verband A-G Strikwerda in zijn conclusie bij *Yukos I*, die opmerkt dat het territorialiteitsbeginsel is geworteld in de soevereiniteitsleer, wat betekent dat de wederzijdse onafhankelijkheid van staten zich er tegen verzet dat de ene staat de gevolgen van een door een andere staat in het leven geroepen regime van rechten en bevoegdheden in verband met de insolventie van een schuldenaar op zijn grondgebied moet dulden. We dulden nu echter wel dat de door de *lex concursus* in het leven geroepen bevoegdheid van de curator om goederen te verkopen en te leveren, ook geldt met betrekking tot in Nederland aanwezige goederen. Bovendien zal het voor de schuldeisers lood om oud ijzer zijn of het verlies aan verhaalsmogelijkheden wordt veroorzaakt door een rechtsgevolg dan wel een feitelijk gevolg.

Zie in dit verband ook Veder:

‘(...) the problem in the Netherlands is that there is no codified framework that provides for a clear, coherent en comprehensive set of rules addressing the issues that arise in cross-border insolvency proceedings. Dutch domestic international insolvency law is largely based on case law, in particular of the Dutch *Hoge Raad*. This case law, however, does not provide for a coherent, clear and convincing set of rules either. Dutch case law, for example, still adheres to the outdated and troublesome territoriality principle in order to define the effects of that foreign insolvency proceedings may have in the Netherlands.’⁵⁶

55 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999, 316, m.nt. Th.M. de Boer, par. 3.

56 P.M. Veder, ‘Bob’s “Unvollendete”?’, in: B. van Santen en D. van Offeren (red.), *Perspectives on international insolvency law: a tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer 2014, p. 140-151, i.h.b. p. 150.

Veder zal in onvoldoende mate gelegenheid hebben gehad om in de aangehaalde bijdrage uitgebreid in te gaan op de omstandigheid dat de Hoge Raad weliswaar in naam nog steeds uitgaat van het territorialiteitsbeginsel, maar in werkelijkheid flink richting het universaliteitsbeginsel is opgeschoven. De laatst geciteerde zin moet dan ook in die zin worden genuanceerd. Dat neemt niet weg dat ik het van harte eens ben met Veder dat het tijd is voor een codificatie van het Nederlands internationaal insolventierecht.

Ik heb nog een bezwaar, namelijk dat *Yukos II* iets bevat dat lijkt op een cirkelredenering. De regel die de Hoge Raad aanhaalt als regel (b), komt erop neer dat onvoldane schuldeisers zich moeten kunnen verhalen op in Nederland aanwezige goederen van de gefailleerde. De Hoge Raad overweegt een paar zinnen verderop dat, om die regel tot zijn recht te laten komen, het voldoende is dat onvoldane schuldeisers zich kunnen verhalen op in Nederland aanwezige goederen van de gefailleerde. Ik zie onvoldoende verschil tussen enerzijds de regel zelf en anderzijds datgene waaraan moet zijn voldaan om die regel tot zijn recht te laten komen. Dat is op zichzelf al curieus. Curieuzer wordt het wanneer de schuldeisers door het optreden van de curator feitelijk in de positie worden gebracht dat zij zich niet langer kunnen verhalen op in Nederland aanwezige goederen, en dat in deze situatie de regel dat schuldeisers zich moeten kunnen verhalen op die goederen toch voldoende tot zijn recht zou zijn gekomen.

Na *Yukos II* is duidelijk dat de buitenlandse curator kan beschikken over in Nederland aanwezige goederen, maar hoe is te verklaren dat de curator kan beschikken over goederen die niet onder het faillissementsbeslag vallen? Ook daar wringt de redenering van de Hoge Raad.

Voorts is discussie mogelijk over wat de positie van de gefailleerde schuldenaar is: kan hij nu wel of niet beschikken over de goederen die zich in Nederland bevinden? Stel dat een Japanse onderneming in Japan wordt onderworpen aan een insolventieprocedure en in Nederland een bankrekening heeft. De failliet geeft de Nederlandse bank opdracht het op de rekening staande bedrag over te maken naar een bankrekening in een ander land. Mag de bank die opdracht nu wel of niet uitvoeren? Op grond van de regel dat het buitenlandse faillissementsbeslag niet de in Nederland aanwezige baten omvat, zou ik zeggen: ja. Een beslag ingevolge een insolventieprocedure beperkt de gefailleerde om te beschikken over tot de boedel behorende goederen of maakt hem dat zelfs onmogelijk,⁵⁷ en dat gevolg zou dus niet moeten gelden als het faillissementsbeslag niet de hier aanwezige baten omvat.

57 Mijnsen en Van Mierlo noemen dat zelfs het belangrijkste aspect van een gewoon beslag: F.H.J. Mijnsen en A.I.M. van Mierlo, *Materieel beslagrecht*, Monografieën Privaatrecht nr. 10, Deventer: Kluwer 2009, par. I.1.1.

Op grond van de regel dat alle gevolgen hier werking hebben, inclusief de beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde, zou ik zeggen: nee. De beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde leidt niet ertoe dat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers worden verminderd, en dus werkt de beschikkingsonbevoegdheid van de gefailleerde ook in Nederland. De Hoge Raad lijkt het grootse gewicht te geven aan de laatste regel. Daarom ben ik uiteindelijk geneigd te zeggen dat de bank die opdracht niet mag uitvoeren. Het was duidelijker geweest als de Hoge Raad gezegd had dat het faillissementsbeslag weliswaar de in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen omvat, maar dat individuele beslagen, gelegd voor of tijdens de insolventieprocedure, toch voorgaan boven het algemene buitenlandse faillissementsbeslag. Dan was vanuit dogmatisch oogpunt duidelijker geweest, niet alleen waarom de curator hier aanwezige goederen te gelde mag maken, maar ook dat de gefailleerde niet langer over de in Nederland gelegen vermogensbestanddelen kan beschikken.

2.3.4 *Voorlopige conclusie*

Ik ben een voorstander van een zekere mate van universaliteit. Het argument dat de soevereiniteit van staten zich ertegen verzet dat een staat gevolgen op zijn eigen grondgebied toekent aan een buitenlandse insolventieprocedure past niet meer in deze tijd. Grensoverschrijdende handel en dienstverlening worden steeds intensiever. Daarmee staat op gespannen voet dat de grensoverschrijdende gevolgen van een insolventieprocedure beperkt blijven. Op zich heb ik er daarom wel enig begrip voor dat de Hoge Raad wil aansluiten bij de internationale tendens naar meer universaliteit, nu de wetgever tot heden heeft nagelaten regels te stellen op dit punt. Mogelijkerwijs vond de Hoge Raad dat hij, bij gebreke van actie van de wetgever op dit terrein, ‘wel wat moest’ met de internationale ontwikkelingen.

Toch is de huidige situatie niet bevredigend. Zoals gezegd ben ik een groot voorstander van een beperking van het territorialiteitsbeginsel, maar het gebeurt nu te ongecontroleerd.

Aan de ene kant is het mogelijk dat een buitenlandse insolventieprocedure te veel gevolgen in Nederland heeft. Door het ontbreken van een toets aan de poort kan het voorkomen dat gevolgen worden toegekend aan een procedure die geen insolventieprocedure is of aan een insolventieprocedure die is geopend door een rechter die naar Nederlands recht niet bevoegd is. Ook is het mogelijk dat gevolgen worden toegekend waardoor aan de belangen van de betrokkenen, niet alleen de crediteuren maar ook de schuldenaar zelf, onvoldoende recht wordt gedaan. Aan de andere kant is het mogelijk dat een buitenlandse insolventieprocedure juist te weinig gevolgen in Nederland heeft. In een insolventieprocedure die geheel voldoet aan onze maatstaven kunnen schuldeisers nog steeds individueel

beslag leggen op in Nederland gelegen goederen, hetgeen in strijd is met de *paritas creditorum*.

Bovendien is de onderbouwing van de huidige stand van zaken niet gelukkig. Formeel gaan we nog steeds uit van het territorialiteitsbeginsel, maar in wezen zijn we flink universalistisch. Misschien is de Hoge Raad terughoudend om openlijk ervoor uit te komen dat hij nu voor een ruim universaliteitsbeginsel kiest en voelt het comfortabeler om formeel vast te houden aan het territorialiteitsbeginsel en daaraan een andere inhoud te geven, daarbij een redenering die wringt op de koop toenemend. Het verdient evenwel de voorkeur duidelijker te zijn. *Il faut appeler un chat un chat*.

2.4 TER ZIJDE: RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND 30 MAART 2016

Voor de volledigheid en ter zijde wordt gewezen op een vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland van 30 maart 2016.⁵⁸ In dit geval was een vennootschap in India onderworpen aan een insolventieprocedure, en was een van haar dochters in Nederland failliet verklaard. De Nederlandse curator stelde een *actio pauliana* in tegen de Indiase vennootschap. De Nederlandse rechter achtte zich bevoegd om van de *actio pauliana* kennis te nemen. De rechter in India had het bevel gegeven dat de Nederlandse curator zich zou onthouden van het instellen van een *actio pauliana* tot een bepaalde datum. Daarop vorderde de Indiase curator dat de Nederlandse rechter de procedure inzake de *actio pauliana* zou schorsen om beslissingen van de Indiase rechter af te wachten. De rechtbank overwoog dat de Indiase curator daarmee erkenning van het bevel van de Indiase rechter vroeg. Ik begrijp het vonnis zo dat volgens de rechtbank uit het territorialiteitsbeginsel volgt dat een buitenlandse insolventieprocedure niet alleen het recht van schuldeisers op verhaal op in Nederland aanwezige goederen ongemoeid laat, maar ook het recht van een Nederlandse curator om in een Nederlands faillissement een *actio pauliana* in te stellen, zij het dat de procedure wel kan worden geschorst.

58 Rb. Midden-Nederland 30 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1452.

EERSTE INTERMEZZO: NIET-ERKENNING INSOLVENTIEPROCEDURE YUKOS

Tijdens de allerlaatste fase van de afronding van de publicatietekst van dit preadvies wees het Hof Amsterdam een arrest waarin de insolventieprocedure van *Yukos* niet werd erkend.⁵⁹ Het hof zet het woord ‘erkenning’ steeds tussen aanhalingstekens, kennelijk omdat het hof meent dat het toekennen van betekenis aan in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten en constitutieve vonnissen⁶⁰ als de opening van een insolventieprocedure, geen erkenning in de eigenlijke zin van het woord is. Wat daarvan zij, het hof overwoog na een uitvoerig betoog in een concluderende rechtsoverweging:

‘Niet elke (procedurele) gang van zaken in een ander land die in Nederland als niet rechtmatig en/of onredelijk wordt ervaren levert strijd met de openbare orde op. Tot op zekere hoogte moet er ruimte zijn voor een verschil in appreciatie van feiten door de autoriteiten, zeker in fiscale zaken, en voor een andere aanpak als het gaat om executie van vorderingen. Dat hoeft aan “erkenning” van de aldus ontstane rechtstoestand niet in de weg te staan. Er zijn echter grenzen die niet overschreden kunnen worden zonder dat dat consequenties heeft voor de aan een buitenlandse rechterlijke beslissing toe te kennen rechtsgevolgen. Dat vloeit voort uit fundamentele rechtsbeginselen omtrent fair trial en de wijze waarop de fiscale autoriteiten zich (met het oog op vermogensrechtelijke belangen van belastingplichtingen[sic]) behoren te gedragen – elementen van de hiervoor bedoelde behoorlijke rechtspleging in ruime zin – die tot de kern van de Nederlandse rechtsorde behoren.’⁶¹

Het hof vervolgt met te overwegen dat *Yukos* weliswaar fraude heeft gepleegd maar dat in de daarover in Rusland gevoerde procedures tekortkomingen zijn opgetreden. Ook hebben de Russische autoriteiten niet te goeder trouw het genereren van een maximale opbrengst nagestreefd ter delging van belastingschuld, die volgens het hof overigens wel op zichzelf legitiem was.⁶² Het hof overweegt vervolgens:

59 Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1695.

60 R.o. 4.14.2.

61 R.o. 4.60.1.

62 R.o. 4.60.2 en 4.60.3.

‘In rov. (...) is overwogen “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.” Op grond van hetgeen in rov. 4.60.2-4.60.5 is vermeld is de gevolgtrekking 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.

Daarmee is “erkenning” van het op bovengenoemde wijze tot standgekomen faillissementsvonnis, in de zin dat daaraan in Nederland rechtsgevolgen worden toegekend, strijdig met de openbare orde, zowel wat het procedurele aspect (...) als wat het materiële aspect betreft (...).⁶³

In dit arrest wordt in het midden gelaten of de procedure van de opening van de insolventieprocedure op zichzelf in overeenstemming was met de Nederlandse openbare orde. Dat was ook niet relevant, nu de gang van zaken die leidde tot de procedure tot de opening van de insolventieprocedure al voldoende was om tot strijd met de Nederlandse openbare orde te concluderen.

Hierboven heb ik de arresten van de Hoge Raad weergegeven waarin is beslist dat het territorialiteitsbeginsel er niet aan in de weg staat dat de Russische curator bevoegd was twee bestuurders van een Nederlandse vennootschap te ontslaan,⁶⁴ noch dat de Russische curator in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen mag liquideren teneinde de opbrengst daarvan uit te keren aan de in het Russische faillissement erkende schuldeisers.⁶⁵ Deze twee beslissingen waren gegeven in een procedure in kort geding. De beslissing dat de insolventieprocedure in strijd is met de Nederlandse openbare orde is niet gegeven in

63 Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1695, r.o. 4.60.6 en 4.60.7.

64 HR 19 december 2008; zie hierboven, noot 36.

65 HR 13 september 2013; zie hierboven, noot 3.

een procedure in kort geding. Dat verklaart mede waarom de laatste beslissing zo veel later is gegeven dan de eerste twee. Mij is niet bekend of cassatieberoep is of wordt ingesteld tegen de beslissing om de insolventieprocedure niet te erkennen. Wanneer dat het geval is, zal de uiteindelijke beslissing inzake al dan niet erkenning van de insolventieprocedure nog veel later worden gegeven dan de beslissingen met betrekking tot het ontslag van de bestuurders en het liquideren van de in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen. In zijn arrest van mei 2017 overweegt het Hof Amsterdam dat de beslissing van de Russische curator om de twee bestuurders van de Nederlandse vennootschap te ontslaan nietig is, nu de curator die bevoegdheid geheel ontleende aan de hoedanigheid van curator die hij op basis van het faillissementsvonnis had.⁶⁶ In dit verband wijs ik op De Boer, die zich afvraagt hoe de besluiten van de curator nog kunnen worden teruggedraaid als zou worden geoordeeld dat onze openbare orde zich verzet tegen de erkenning van de Russische insolventieprocedure.⁶⁷ Ook overweegt het hof dat moet worden ‘aangenomen’ dat de curator nooit bevoegd is geweest om de in Nederland aanwezige goederen te verkopen en te leveren, zodat degene aan wie deze zijn geleverd geen rechthebbende is geworden.⁶⁸ Ik loop enigszins op de zaken vooruit door nu al te zeggen dat ik hieronder zal bepleiten dat voor de tegeldemaking van in Nederland gelegen vermogensbestanddelen en overbrenging van de opbrengst naar het buitenland toestemming van de rechter nodig is, en dat, wanneer de rechter die toestemming geeft, hij daaraan voorwaarden kan verbinden. Ik weet niet of degene die dacht eigenaar te zijn geworden zonder problemen meewerkt aan teruggave van de goederen die ooit in Nederland waren, maar het risico dat dat niet zo is, toont aan dat het geen overbodige luxe is dat voor de levering van in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen toestemming van de rechter nodig is, en dat de rechter aan de toestemming voorwaarden kan verbinden.

66 Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1695, r.o. 4.61.

67 De Boer in de laatste zin van zijn noot onder *Yukos II* (HR 29 juni 2012, NJ 2014/464).

68 Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1695, r.o. 4.62.

3 ALTERNATIEVEN

3.1 INLEIDING

Bos stelt dat de wetgever ‘op zijn handen blijft zitten’.⁶⁹ Dat vind ik niet zo aardig. De wetgever heeft juist zijn handen vol aan het omvangrijke programma van de herijking van het faillissementsrecht. Afgezien van de invoering van de Wet schuldsanering natuurlijke personen is nog nooit zo’n omvangrijk wijzigingsprogramma van de Faillissementswet gepresenteerd. Er zijn, zoals dat wordt genoemd, drie wetgevingspijlers, de fraudepijler, de reorganisatiepijler en de moderniseringspijler, waarvan de eerste twee pijlers elk uit maar liefst drie wetsvoorstellen bestaan, en waarvan de laatste nog moet leiden tot wetgeving. Ik kan mij daarom indenken dat er op dit moment niet zo veel capaciteit is om ook nog eens het grensoverschrijdende insolventierecht ter hand te nemen. Bovendien begrijp ik dat de politiek niet direct de voorpagina van de kranten haalt met een regeling van het grensoverschrijdende insolventierecht, en wellicht daarom niet de meest virulente aandacht hiervoor heeft. De huidige activiteiten van het programma herijking faillissementsrecht zullen echter ooit worden voltooid. Het zou mooi zijn als dan een deel van de aandacht op het grensoverschrijdende insolventierecht wordt gericht. Ook al zijn de woorden ten onrechte niet erg vleidend voor de wetgever, voor zover Bos voorstander is van een codificatie van het Nederlandse internationale insolventierecht, vindt zij mij aan haar zijde.⁷⁰

Zie voorts Veder in zijn noot onder het arrest van het Hof Amsterdam waartegen het cassatieberoep is ingesteld dat heeft geleid tot het hierboven besproken arrest:

‘De gedachte dat het in Nederland gelegen vermogen van een in het buitenland failliet verklaarde schuldenaar volledig beschikbaar moet blijven voor verhaal door individuele schuldeisers en niet kan en mag worden betrokken in een buitenlandse collectieve verhaalsprocedure is naar mijn idee achterhaald en spoort in ieder geval niet met de internationale ontwikkelingen op dit vlak. Wordt het niet tijd titel 10 van het Voorontwerp Insolventiewet in te voeren?’⁷¹

69 Bos 2014, laatste zin.

70 Zie ook M.A. Broeders, ‘Naar een Nederlandse regeling voor de erkenning van grensoverschrijdende insolventies’, *Ondernemingsrecht* 2006/4.

71 P.M. Veder onder Hof Amsterdam 19 oktober 2010, *JOR* 2011/27.

Zie in dit verband ook Lennarts, die in 2011 al meende dat het te lang duurde voordat er duidelijkheid kwam over het antwoord op de vraag of de Russische insolventieprocedure waaraan Yukos is onderworpen hier moet worden erkend.⁷²

‘Er wordt dus nu al meer dan 4 jaar geprocedeerd over (...) de vraag of het faillissement van Yukos Oil en daarmee de bevoegdheden van [de curator, auteur] in Nederland moeten worden erkend. In de tussentijd is er van alles gebeurd waarvan – tot definitief vaststaat dat het faillissement van Yukos Oil in strijd met de openbare orde tot stand is gekomen – niet duidelijk is of [dat] wel had mogen gebeuren. Het rechtsverkeer is niet gediend met de rechtsonzekerheid die het gevolg is van het ontbreken van een deugdelijke erkenningsregeling. De Yukos-soap illustreert mijns inziens op treffende wijze hoe dringend de behoefte is aan een wettelijke regeling voor de erkenning van faillissementen van buiten de EU.

(...)

De juridische schermutselingen rondom de Nederlandse erfenis van Yukos laten zien dat het de hoogste tijd is om ook het internationale insolventierecht te codificeren!’

Na deze verzuchting van Lennarts zou het nog twee jaar duren totdat de Hoge Raad besliste dat de curator in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen te gelde mag maken. Ik ben het van harte eens met Lennarts dat een wettelijke erkenningsregeling tot stand moet worden gebracht. De vraag is evenwel of een regeling die louter de erkenning regelt, wel bewerkstelligt dat er in een concreet geval snel duidelijkheid komt over het antwoord op de vraag of de buitenlandse insolventieprocedure wordt erkend. In het geval van Yukos was het onderzoek naar de feitelijke gang van zaken zo omvangrijk, dat het hof eerst dertien jaar na de aanvang van de procedure bij de rechtbank tot het oordeel kwam dat de Russische procedure niet kon worden erkend. Hoe zeer ik ook voorstander ben van een wettelijke erkenningsregeling, tegelijkertijd moet worden geconcludeerd dat een erkenningsregeling op zich zelf nog niet ertoe leidt dat de feiten snel kunnen worden vastgesteld. Zoals hieronder nader uitgewerkt bepleit ik daarom niet alleen een regeling betreffende de erkenning zelf, maar ook een regeling met betrekking tot de handelingen die een buitenlandse curator hier kan verrichten in de tijd tussen het verzoek om erkenning en de beslissing op dat verzoek.

72 M.L. Lennarts, ‘Yukos: na meer dan 4 jaar procederen nog geen uitsluitel over de erkenning van een Russisch faillissementsvonnis... dat moet anders!’, *TvI* 2011/8.

In een noot⁷³ wijst Lennarts bovendien erop dat een notaris is berispt omdat hij volgens de Notariskamer van het Hof Amsterdam niet zonder deugdelijk nader onderzoek ervan uit had mogen gaan dat de curator bevoegd was Yukos bij het passeren van een akte te vertegenwoordigen.⁷⁴ Zij merkt op dat de notaris zijn medewerking aan de akte had verleend voordat de Rechtbank Amsterdam had geoordeeld dat het faillissement van Yukos in strijd met de openbare orde tot stand was gekomen. Volgens Lennarts betekent het oordeel van de Notariskamer dat van de notaris wordt verwacht dat hij zelf feitenonderzoek instelt naar de geldigheid van een buitenlands faillissement. Zij merkt terecht op dat een dergelijke verplichting nooit op de notaris was gelegd als er een deugdelijke erkenningsregeling voor faillissementsvonnissen van buiten de EU was geweest. Deze observaties van Lennarts onderstrepen nog eens de wenselijkheid van een codificatie van het internationale insolventierecht. Tezamen met Veder merkt zij terecht op dat het hoogst onbevredigend is dat het voor een notaris het beste is om zijn diensten te weigeren totdat een rechterlijke instantie – tot en met de Hoge Raad? – heeft beslist over de erkenning van een buitenlandse procedure.⁷⁵

Broeders merkt op:

‘Nederland bevindt zich in een geïsoleerde positie. Er dient snel een moderne regeling voor grensoverschrijdende insolventies met derde landen te komen.’⁷⁶

De conclusie is dat in ieder geval Bos, Veder, Lennarts en Broeders pleiten voor een codificatie van het Nederlandse internationale insolventierecht, mijns inziens terecht.

Bij dit alles is van groot belang te bedenken dat het niet zo is dat de wetgever uit het niets een regeling tevoorschijn moet toveren. Er zijn in ieder geval twee teksten die als voorbeeld kunnen worden genomen: de Uncitral Modelwet⁷⁷ en titel 10 van het Voorontwerp Insolventiewet uit 2007 van de Commissie Insolventierecht,⁷⁸ ook wel de commissie-Kortmann genoemd. Deze zal ik hieronder bespreken. De opstellers van het Voorontwerp hebben zich in grote mate laten inspireren door de Modelwet. Dit neemt evenwel niet weg dat

73 Lennarts, *TvI* 2011/8, noot 10, waarin zij ook verwijst naar: L.C.A. Verstappen, ‘Is dit nieuw beleid van de tuchtkamer van het Hof Amsterdam?’, *WPNR* 2011/6876, p. 178-182.

74 Zie Hof Amsterdam 16 november 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BO9062.

75 L. Lennarts en P.M. Veder, ‘The Dutch Domestic Cross-Border Insolvency Framework (and Why it is Badly in Need of Reform, Illustrated by the Yukos Litigation)’, *International Insolvency Law Review* 2012, p. 220-233, i.h.b. 228.

76 Broeders, 2006, p. 7.

77 *Supra*, noot 5.

78 Raadpleegbaar op www.rijksoverheid.nl/voorontwerpinsolventiewet.pdf.

deze twee teksten van elkaar verschillen op punten die in de praktijk van belang kunnen zijn.

Voordat ik dat doe, vermeld ik nog dat in de wandelgangen heel af en toe wordt betwijfeld of de wetgever wel zijn vingers wil branden aan een regeling die ertoe zou kunnen leiden dat een insolventieprocedure niet zou worden erkend. Daaraan ligt de veronderstelling ten grondslag dat weigering van erkenning diplomatiek gevoelig zou kunnen liggen en de vrees dat een wettelijke regeling de rechter de mogelijkheid zou bieden een beslissing te nemen die de betrekkingen met een andere staat zou kunnen schaden. Die vrees komt mij ongegrond voor. Onder het huidige recht moet voor andere beslissingen dan de beslissing tot opening van een insolventieprocedure worden beoordeeld of de buitenlandse rechter bevoegd is, of de beslissing tot stand is gekomen na een behoorlijke rechtspleging, en of er strijd is met de openbare orde. Daar zouden zich dezelfde diplomatieke gevoeligheden kunnen voordoen, maar mij is niet bekend dat dat tot problemen heeft geleid. Zelfs onder de Insolventieverordening, die geldt tussen lidstaten die geacht worden elkaar te vertrouwen, is een beroep op strijd met de openbare orde niet uitgesloten.⁷⁹ De kans dat dat tot diplomatieke schermutselingen zou kunnen leiden, heeft geen enkele lidstaat ervan weerhouden in te stemmen met de mogelijkheid van zo'n beroep. Bovendien kan worden gewezen op Van Galen, over erkenning in het algemeen, dus niet specifiek over erkenning van buitenlandse insolventieprocedures:

‘De vraag naar de erkenning van buitenlandse vonnissen mondt er al gauw in uit dat de Nederlandse rechter moet beoordelen of de buitenlandse rechter het wel goed heeft gedaan. Dat is een ondankbare rol: oordeelt de Nederlandse rechter dat het buitenlandse vonnis niet deugt, dan kan dat gezien worden als een aantijging van de buitenlandse rechter, werkt de Nederlandse rechter ten onrechte aan erkenning of tenuitvoerlegging mee, dan kan dat betekenen dat buitenlands onrecht in Nederland wordt geïmporteerd. Het is dan ook begrijpelijk dat de vraag in hoeverre buitenlandse vonnissen in Nederland gefaciliteerd dienen te worden in belangrijke mate is overgelaten aan de wetgever.’⁸⁰

Ik merk op dat de vraag in hoeverre buitenlandse insolventieprocedures in Nederland dienen te worden gefaciliteerd, nu juist *niet* in belangrijke mate is overgelaten aan de wetgever. Juist om de redenen die Van Galen noemt, ligt het voor de hand dat de wetgever wel ingrijpt.

79 Verordening (EG) nr. 2000/1346 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures; art. 33 van de Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures; zie ook HvJ EU 28 maart 2006, C-341/04 (*Eurofood*), r.o. 60-67.

80 R.J. van Galen, ‘Internationaal insolventierecht in het Voorontwerp’, *Ondernemingsrecht* 2008/137.

3.2 DE UNCITRAL MODELWET

3.2.1 Inleiding

In 1995 was het mogelijk gebleken een ontwerp-Verdrag binnen – toen nog – de Europese Gemeenschap met betrekking tot grensoverschrijdende insolventie (later ‘omgezet’ in de Insolventieverordening) voor ondertekening open te stellen, dus een verdrag waarover in ieder geval de regeringen van zowel common law-landen (het Verenigd Koninkrijk en Ierland) als civil law-landen het eens waren geworden. Dat is een van de omstandigheden die de United Nations Commission on International Trade Law (hierna: Uncitral) ertoe heeft gebracht het initiatief te nemen om een modelwet op te stellen. Van november 1995 tot januari 1997 is vier keer een werkgroep bijeengekomen, om beurten in Wenen en New York, die na haar laatste vergadering een tekst aan de Commissie heeft aangeboden.⁸¹ De Commissie heeft de tekst aangevuld en aangenomen op 30 juni 1997. Naderhand is een Guide to Enactment opgesteld. De werkgroep en de Commissie hadden hierover al in grote lijnen gesproken, maar de details zijn overgelaten aan het secretariaat van de Commissie. De Guide to Enactment was oorspronkelijk bedoeld als een handleiding voor wetgevers van de staten die de modelwet wensen over te nemen. Op 15 december 1997 heeft de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties een resolutie aangenomen waarin de staten wordt aanbevolen de modelwet in ‘considerable consideration’ te nemen.⁸² Later, in 2013, is de Guide to Enactment aangevuld en omgedoopt tot Guide to Enactment and Interpretation.

De Modelwet⁸³ betreft de internationale rechtsmacht om een insolventieprocedure te openen, het toepasselijke recht, de erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure en de gevolgen van die erkenning. De Modelwet is geschreven als een nationale wet. De Verenigde Naties bevelen aan aan staten over de gehele wereld om de tekst te implementeren in de eigen wetgeving. Helemaal in het begin is even overwogen om een verdrag te schrijven. Daarvan is afgezien, omdat men vreesde dat staten die het niet met alles in de toen nog te schrijven tekst eens zouden zijn, zouden weigeren het verdrag te ondertekenen en te ratificeren. Bovendien werd gevreesd dat een verdrag pas na zeer langdurige en

81 Ikzelf vormde de Nederlandse delegatie, zowel in de werkgroep als in de Commissie; of dat tot enige vooringenomenheid over de Modelwet heeft geleid, laat ik aan anderen ter beoordeling over.

82 Resolution adopted by the General Assembly, fifty-second session, Agenda item 148 [on the report of the Sixth Committee (A/52/649)], document nr. A/RES/52/158 van 30 januari 1998; de Modelwet is een bijlage bij dit document.

83 Zie meer hierover o.a.: A.J. Berends, ‘UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, A comprehensive overview’, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 1998, vol. 6, p. 309 e.v.; L. Chan Ho, *Cross border insolvency: a commentary on the UNCITRAL Model Law*, London: Globe Law and business 2009.

moeizame onderhandelingen tot stand zou komen. De gedachte is dat een Modelwet een menu aan opties aanbiedt aan staten. De Modelwet is weliswaar geschreven als een samenhangend geheel, maar doordat het een aanbeveling is kunnen staten ervoor kiezen elementen uit de Modelwet die zij minder waarderen niet over te nemen in hun eigen nationale wetgeving. Op die manier meenden Uncitral en in het verlengde daarvan de Verenigde Naties het hoogst haalbare resultaat te bereiken: beter een tekst met een vrijblijvende status aanbieden die door relatief veel staten zou worden overgenomen dan een tekst die door een ambitieuzere status staten zou afschrikken om deze te aanvaarden en te ratificeren.

Destijds werd gezegd dat de eerste staat die de Modelwet had overgenomen Eritrea was, maar die staat is nu niet meer vermeld in een overzicht op de website van Uncitral. Nadien hebben ook staten die een grotere rol in het internationale handelsverkeer spelen de Modelwet overgenomen, zoals de Verenigde Staten van Amerika,⁸⁴ het Verenigd Koninkrijk,⁸⁵ Japan en Canada.⁸⁶ De volledige lijst van staten die wetgeving hebben die is gebaseerd op de Modelwet bestaat uit, in alfabetische volgorde: Australië, Benin, Burkina Fasso, Cameroen, Canada, Centraal Afrikaanse Republiek, Chili, Colombia, Comoren, Congo, Democratische Republiek Congo, Equatoriaal Guinee, Filipijnen, Gabon, Griekenland, Guinea, Guinee-Bissau, Ivoorkust, Japan, Kenia, Malawi, Mali, Mauritius, Mexico, Montenegro, Nieuw-Zeeland, Niger, Oeganda, Polen, Roemenië, Senegal, Servië, Seychellen, Slovenië, Tsaad, Verenigd Koninkrijk, Verenigde Staten van Amerika, Vanuatu, Zuid-Afrika en Zuid-Korea.

3.2.2 Hoofdlijnen

De Modelwet is niet gebaseerd op reciprociteit. Doordat de Modelwet een aanbeveling is, staat het staten vrij de Modelwet al dan niet over te nemen en, als zij dat doen, alleen toe te passen op insolventieprocedures die zijn geopend in een andere staat die de Modelwet ook heeft overgenomen. De hoofdlijnen zijn dat erkenning niet van rechtswege plaatsvindt, maar slechts op verzoek. Nadat een curator een verzoek om erkenning in een andere staat

84 Zie meer hierover o.a.: A.L. Hammer en M.E. McClintock, 'Understanding Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code: everything you need to know about cross-border legislation in the United States', *Law and business review of the Americas* 2008/14, p. 257-280; D.M. Glosband en J. Westbrook, 'Chapter 15 recognition in the United States: is a "debtor presence" required?', *International Insolvency Review* 2015/24-1, p. 28-56.

85 Zie meer hierover o.a.: I.F. Fletcher, 'UNCITRAL Model Law and its Effects in the United Kingdom', in: A. Verweij en B. Wessels (red.), *Comparative and International Insolvency Law. Central Themes and Thoughts*, Nottingham/Paris: INSOL Europe 2010, p. 62-65.

86 Zie meer hierover o.a.: G. McCormick en A. Hargovan, 'Australia and the International Insolvency Paradigm', *Sydney Law Review* 2015, vol. 390, p. 389-416.

heeft gedaan, erkent die staat na een summier onderzoek of is voldaan aan enkele formaliteiten. De Modelwet maakt onderscheid tussen hoofdprocedures en territoriale procedures (*main proceedings and non main proceedings*). De rechter die een buitenlandse procedure erkent, bepaalt of hij deze als hoofdprocedure erkent dan wel als territoriale procedure. De erkenning van een procedure als hoofdprocedure leidt ertoe dat een aantal gevolgen automatisch intreedt. Andere gevolgen treden pas dan in wanneer de rechter deze heeft bevolen. De curator mag eerst dan op het grondgebied van de erkennende staat activa te gelde maken wanneer hij daarvoor toestemming van de rechter van de erkennende staat heeft. Deze beoordeelt daarbij of aan de belangen van alle betrokkenen – schuldeisers en schuldenaar – voldoende recht wordt gedaan. Bij de erkenning van een procedure als territoriale procedure zijn er geen automatische gevolgen. Alle gevolgen, zowel de automatische gevolgen als de bevolen gevolgen, kunnen worden beëindigd of gewijzigd. De gedachte is dat snel maatregelen moeten kunnen genomen, en dat vervolgens wordt beoordeeld of deze in stand kunnen blijven. Doordat de delegaties van lidstaten van de Europese Unie nogal eens uit dezelfde personen bestonden die ook hadden onderhandeld in Brussel over het ontwerp-Insolventieverdrag en de Insolventieverordening, zijn bepaalde elementen uit de Insolventieverordening terug te vinden in de Modelwet, zoals enkele definities, het onderscheid tussen hoofdprocedures en territoriale procedures.

3.2.3 *Buitenlandse insolventieprocedure*

De definitie van ‘buitenlandse insolventieprocedure’ bevat zes elementen:

- het is een collectieve procedure;
- het is een gerechtelijke of administratieve procedure;
- het is een procedure die is geopend in een andere staat;
- het is een procedure die is gebaseerd op insolventie volgens het recht waar de procedure is geopend;
- het vermogen van de schuldenaar staat onder toezicht van een buitenlandse rechter;
- het doel moet sanering van de schulden of vereffening zijn.

Deze definitie lijkt sterk op de definitie van de huidige Insolventieverordening. Een verschil met de huidige Insolventieverordening is dat niet is bepaald dat de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of gedeeltelijk moet hebben verloren. De staten die de figuur van de *debtor in possession* kennen, waren bevreesd dat dat type procedure buiten de reikwijdte van de Modelwet zou vallen als dat element was opgenomen. In plaats daarvan is bepaald dat vermogen van de schuldenaar onder toezicht van een buitenlandse rechter staat. Vermoedelijk is het verschil tussen de definitie in de huidige Insolventieverordening en die in de Modelwet in de praktijk verwaarloosbaar.

In de herziene Insolventieverordening is nog steeds expliciet in de definitie opgenomen dat de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn goederen geheel of gedeeltelijk moet verliezen en dat een insolventiefunctionaris moet worden aangewezen, maar daarnaast is als element opgenomen dat de goederen en de onderneming onder controle van een rechter moeten staan. Tot zover zie ik nog steeds praktisch geen verschil tussen de nieuwe Insolventieverordening en de Modelwet. Nieuw is dat in de nieuwe Insolventieverordening is opgenomen dat, indien de procedure kan worden ingeleid in omstandigheden waarin er slechts een risico op insolventie bestaat, de procedure tot doel heeft de insolventie van de schuldenaar of het staken van diens bedrijfsactiviteiten te voorkomen. Daarmee moet een procedure als de binnenkort in te voeren pre-pack worden geacht onder de Insolventieverordening te vallen. Betwijfeld kan worden of de pre-pack ook onder de Modelwet valt. Nu de Modelwet slechts een tekst is die wordt aanbevolen, kunnen staten doen en laten wat ze willen met de Modelwet. Een staat die de Modelwet overneemt, kan dan ook in de eigen nationale wetgeving bepalen of verduidelijken dat deze ook van toepassing is op pre-pack-achtige procedures.

3.2.4 *Gevolgen in de tijd tussen het verzoek om erkenning en de beslissing daarop*

Artikel 19 van de Uncitral Modelwet bepaalt met zoveel woorden dat de rechter in de tijd tussen het verzoek om erkenning en de beslissing op dat verzoek, op verzoek van de buitenlandse curator 'relief of provisional nature' kan toestaan. Als voorbeelden worden genoemd een verbod aan de schuldeisers om zich nog langer individueel te verhalen op vermogensbestanddelen die zich in de erkennende staat bevinden en het toekennen van beheers- en beschikkingsbevoegdheid aan de buitenlandse curator. Daarnaast wordt onder andere genoemd, door een verwijzing naar artikel 21 lid 1 onderdeel g, 'any additional relief' (wat niet echt als een voorbeeld kan worden beschouwd, maar dit terzijde). Een belangrijke consequentie van deze regel is dat, zolang nog niet is beslist op het verzoek om erkenning, de curator steeds toestemming van de rechter nodig heeft om bevoegdheden in de erkennende staat uit te oefenen. Artikel 19 bepaalt dat die toestemming kan worden gegeven indien datgene waarvoor toestemming wordt gevraagd 'is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors'. Daarnaast wordt in artikel 22 lid 2 bepaald dat de rechter die toestemming geeft indien hij ervan overtuigd ('satisfied') is dat de belangen van de schuldeisers en andere belanghebbenden voldoende beschermd ('adequately protected') zijn. Er is dus een dubbele toets. In de eerste plaats moet worden beoordeeld of datgene waarvoor toestemming wordt gevraagd, dringend nodig is voor de bescherming van de boedel of de belangen van de schuldeisers. In de tweede plaats moeten de belangen van de schuldeisers en andere belanghebbenden voldoende zijn beschermd.

Voor een deel lijken deze twee toetsen elkaar te overlappen. Wanneer iets dringend nodig is ter bescherming van de belangen van de schuldeisers, is er tevens sprake van dat die belangen voldoende worden beschermd. Mogelijkerwijs is bedoeld dat, zelfs indien datgene waarvoor toestemming wordt verleend dringend nodig is ter bescherming van de boedel of de belangen van schuldeisers, toestemming alsnog moet worden geweigerd indien belangen van anderen niet voldoende zijn beschermd. Onder die anderen kunnen andere schuldeisers vallen dan die ter bescherming van wier belang de toestemming dringend nodig is, als ook de schuldenaar. De tweede toets – de belangen van schuldeisers en andere belanghebbenden moeten voldoende zijn gewaarborgd – zou zich kunnen toespitsen op de vraag of de gevolgen gemakkelijk ongedaan kunnen worden gemaakt ingeval de erkenning van de insolventieprocedure wordt geweigerd, waarbij bovendien van belang kan zijn de inschatting hoe groot de kans is dat de insolventieprocedure niet wordt erkend.

Ik merk nadrukkelijk op dat het criterium dat is gebaseerd op de bescherming van de belangen van schuldeisers en andere belanghebbenden aanzienlijk lichter is dan het criterium dat is gebaseerd op strijd met de Nederlandse openbare orde, en a fortiori op ‘kennelijke’ strijd. Bijgevolg kan toestemming op grond van het eerste criterium veel gemakkelijker worden geweigerd dan op grond van het openbare-orde-criterium.

Ik merk nu reeds op dat in de *Yukos*-zaak de Russische curator bestuurders van een Nederlandse vennootschap kon ontslaan en in Nederland aanwezige vermogensbestanddelen kon verkopen voordat de vraag was beantwoord of de Russische insolventieprocedure überhaupt wel was erkend. We weten nu nog niet of de beslissing van het Hof Amsterdam van 9 mei 2017 om de insolventieprocedure niet te erkennen, ook de uiteindelijke uitspraak zal zijn.⁸⁷ Als dat ook het onherroepelijke resultaat is, moeten het ontslag van de bestuurders en de tegeldemaking van de vermogensbestanddelen ongedaan worden gemaakt, zo dat al mogelijk is. Zou in Nederland de Uncitral Modelwet hebben gegolden ten tijde van de *Yukos*-zaak, dan had de Russische curator in ieder geval voor deze handelingen, verricht voor de uiteindelijke beslissing op het verzoek om erkenning, voorafgaande toestemming nodig hebben gehad.

3.2.5 *Erkenning*

De buitenlandse insolventieprocedure wordt alleen op verzoek erkend. De buitenlandse curator kan zich rechtstreeks wenden tot de rechter die hij om erkenning verzoekt. Hij behoeft dus geen diplomatieke kanalen te gebruiken, noch behoeft hij toestemming te vragen om tot de rechter te worden toegelaten. Artikel 15 bepaalt welke stukken de buitenlandse curator moet overleggen:

⁸⁷ Zie hierboven, noot 59.

- een gewaarmerkt afschrift van de beslissing waarbij de buitenlandse procedure is geopend en de buitenlandse curator is benoemd;
- een document van het buitenlandse gerecht waarbij het bestaan van de buitenlandse procedure en de benoeming van de buitenlandse curator wordt bevestigd; of
- bij gebreke van genoemde bewijsstukken, enig ander stuk waaruit de rechtbank het bestaan van de buitenlandse procedure en de benoeming van de buitenlandse curator kan afleiden.

Lang is gesproken over de vraag of de rechter een legalisatie mag eisen. Zo ja, dan zou dat tot veel oponthoud kunnen leiden. Zo nee, dan zou hij dat ook niet mogen doen als hij het niet helemaal vertrouwt. Als compromis is er niet een verbod om legalisatie te vragen opgenomen, en is in artikel 16 bepaald dat de rechter uit mag gaan van het vermoeden dat de documenten die de buitenlandse curator overlegt de originele, authentieke documenten zijn, ongeacht of zij voorzien zijn van een legalisatie of niet. De rechter mag vragen om een vertaling van de stukken die de curator produceert.

In artikel 17 van de modelwet staat niet uitdrukkelijk dat de rechter het verzoek om erkenning slechts summier onderzoekt, maar de bedoeling is wel dat er weinig tijd verloren gaat en daarom moet de rechter snel beslissen. Op verzoek van belanghebbenden of ambtshalve kan de rechter later meer tijd nemen om eventuele correcties aan te brengen. De rechter moet de buitenlandse procedure erkennen indien aan de volgende eisen is voldaan:

1. de buitenlandse procedure is een procedure als bedoeld in de Modelwet;
2. de buitenlandse curator die om erkenning vraagt, is een persoon of orgaan als bedoeld in de Modelwet;
3. bij het verzoek worden de juiste stukken overgelegd;
4. het verzoek is gedaan bij de competente rechter.

De erkennende rechter beslist of hij de buitenlandse procedure erkent als hoofdprocedure dan wel als territoriale procedure. Hij erkent een buitenlandse procedure als hoofdprocedure indien de procedure is geopend in de staat waar de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen heeft. Hier is dus hetzelfde criterium gekozen als in de Insolventieprocedure. Een procedure wordt erkend als territoriale procedure indien zij is geopend in een staat waar de schuldenaar een vestiging heeft. De definitie van 'vestiging' is vrijwel gelijklopend aan die in de Insolventieprocedure. De Modelwet spreekt van een 'non main proceeding'. De terminologie van de Insolventieverordening is een 'zelfstandige territoriale procedure' (wanneer geen hoofdprocedure is geopend) of 'secundaire procedure' (wanneer wel een hoofdprocedure is geopend). Men houde in het oog dat onder de Insolventieverordening de context waarin wordt gesproken van een 'territoriale procedure' een andere is dan de context waarin onder de Modelwet wordt gesproken van een 'non main pro-

ceeding'. Onder de Insolventieverordening zijn de gevolgen van een territoriale procedure in beginsel beperkt tot de lidstaat waar die procedure is geopend, en leidt het tot een uitzondering op de regel dat een hoofdprocedure gevolgen heeft in de andere lidstaten dan de lidstaat van opening. Onder de Modelwet wordt een procedure als een territoriale procedure erkend om die procedure juist wel gevolgen in de erkennende staat te laten hebben, zij het beperktere gevolgen dan een hoofdprocedure. Bovendien heeft een procedure onder de Modelwet niet automatisch gevolgen in andere staten, zodat een uitzondering op zo'n regel helemaal niet aan de orde is.

3.2.6 *Gevolgen van de erkenning*

Onderscheid wordt gemaakt tussen twee categorieën gevolgen die zich na de erkenning van een buitenlandse procedure kunnen voordoen:

- a. de gevolgen die van rechtswege intreden na de erkenning van een hoofdprocedure;
- b. de gevolgen die de erkennende rechter kan toekennen:
 - aan een erkenning van een territoriale procedure
 - zowel na de erkenning van een hoofdprocedure als de erkenning van een territoriale procedure.

Inhoudelijk zijn de eerste twee categorieën hetzelfde; zij verschillen slechts door de wijze waarop de gevolgen tot stand komen: automatisch of doordat de rechter daartoe heeft besloten. Kerngedachte is dat een hoofdprocedure een aantal 'automatische' gevolgen heeft, en dat een territoriale procedure slechts gevolgen heeft wanneer de rechter daartoe beslist. Daarnaast kan de erkennende rechter gevolgen toekennen die verder gaan dan de automatische gevolgen van de erkenning van de hoofdprocedure, zowel aan de hoofdprocedure als aan de territoriale procedure.

Ad a

In artikel 20 lid 1 wordt de eerste categorie, hierboven onder a genoemd, bepaald; het artikel is een van de sleutelbepalingen van de modelwet. Artikel 20 betreft de erkenning van een buitenlandse hoofdprocedure. De bedoeling van artikel 20 lid 1 is dat de gevolgen onvermijdelijk intreden. Men heeft termen als – in het Nederlands vertaald – 'van rechtswege' of 'automatisch' willen vermijden omdat sommige rechtsstelsels daar huiverig tegenover staan, maar gemakshalve zal ik hierna toch deze woorden gebruiken. Gevolgen die door de erkenning van een hoofdprocedure van rechtswege intreden, zijn:

- individuele acties en rechtsvorderingen met betrekking tot activa en passiva van de schuldenaar kunnen niet worden aangevangen of voortgezet (de 'stay' genoemd);

- beslagen ('executions') kunnen niet worden gelegd of voortgezet (eveneens de 'stay' genoemd);⁸⁸
- de bevoegdheid van de schuldenaar om over zijn vermogen te beschikken en zijn vermogen te beheren, wordt geschorst. Tijdens de onderhandelingen is opgemerkt dat dit gevolg verder kan gaan dan de gevolgen die de insolventieprocedure in de staat van opening heeft, maar deze opmerking heeft toch niet tot wijziging van deze regel geleid.

De staat die de Modelwet overneemt, wordt uitgenodigd zelf te bepalen wat de modaliteiten van de stay en de schorsing zijn, en onder welke omstandigheden de stay en de schorsing eindigen. Voor de goede orde bepaalt artikel 20 lid 4 nog dat de erkenning niet verhindert dat ook in de erkennende staat nog een insolventieprocedure wordt geopend. Aangezien artikel 20 gaat over de erkenning van een procedure, geopend in een staat waar de schuldenaar het centrum van zijn voornaamste belangen heeft, kan het vierde lid slechts betrekking hebben op een procedure die is gebaseerd op de aanwezigheid van een vestiging in de erkennende staat.

Ad b

In artikel 21 worden de gevolgen genoemd die de erkennende rechter *mag* toekennen aan de erkenning van een territoriale procedure en aan de erkenning van een hoofdprocedure. Toekenning van deze gevolgen is alleen mogelijk op verzoek van de buitenlandse curator. De aanhef van artikel 21 bepaalt dat de rechter elk gevolg mag toekennen dat nodig is om de activa van de schuldenaar en de belangen van de schuldeisers te beschermen. Vervolgens worden in de onderdelen a tot en met g enkele voorbeelden van gevolgen genoemd die de erkennende rechter mag toekennen. In de eerste plaats kan de erkennende rechter aan de erkenning van een procedure als een territoriale procedure die gevolgen toekennen die automatisch intreden na de erkenning van een procedure als een hoofdprocedure: bevrozing van bestaande individuele acties en rechtsvorderingen en beslagen en het onmogelijk maken van nieuwe individuele acties en rechtsvorderingen en beslagen, alsmede de schorsing van de beschikkings- en beheersbevoegdheid van de schuldenaar.

Voorts kunnen aan zowel de erkenning van een hoofdprocedure als de erkenning van een territoriale procedure additionele gevolgen worden toegekend:

- het horen van getuigen, het aanvaarden van bewijs ('taking of evidence') en het verstrekken van informatie betreffende de schuldenaar;
- het overdragen aan de buitenlandse curator van de bevoegdheid om de activa te beheren ('administration and realization');

⁸⁸ Strikt genomen bepaalt artikel 20 lid 1, onderdeel b, alleen maar dat gelegde beslagen worden geschorst, en niet tevens dat beslagen niet kunnen worden gelegd. Uiteraard is het de bedoeling dat na erkenning geen beslagen meer kunnen worden gelegd.

- het verlengen van de voorlopige voorzieningen (deze heb ik omwille van de beknoptheid van dit preadvies niet besproken);
- andere gevolgen die de nationale wetgever heeft opgenomen in zijn wetgeving.

Voorts wordt in artikel 21 lid 2 nog een belangrijk gevolg genoemd: het toestaan aan de buitenlandse curator om goederen te gelde te maken ('distribution'):

‘Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor’s assets located in this State to the foreign representative or another person designed by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected.’

Ook dit gevolg kan alleen worden toegekend op verzoek van de buitenlandse curator. In tegenstelling tot de hierboven genoemde gevolgen kan de bevoegdheid om goederen te gelde te maken alleen dan door de erkennende rechter worden toegekend wanneer hij ervan overtuigd is dat de belangen van de schuldeisers in de erkennende staat voldoende zijn beschermd. Een en ander is begrijpelijk: wanneer de zich in de erkennende staat aanwezige goederen door de buitenlandse curator te gelde worden gemaakt, verdwijnen zij voor goed uit het zicht van de erkennende staat. Duidelijk zal moeten zijn dat de schuldeisers in de erkennende staat nog iets terug zien van de opbrengst. Dit gevolg werd door de opstellers van de Modelwet als het meest vergaande gevolg van de erkenning beschouwd. Daarom hebben zij een zekere waarborg willen inbouwen.

De verhouding met de ‘administration and realization’ uit het eerste lid van artikel 21 is niet geheel duidelijk. In paragraaf 192 van de Guide to Enactment wordt gezegd dat het bij de ‘distribution’ om de ‘turnover’ (in het Frans: ‘remise’) gaat. Ik zou ‘turnover’ en ‘remise’ willen vertalen met: overhandiging aan de curator. Ik vat een en ander zo op, dat het bij de ‘administration and realization’ gaat om het beheer van de boedel, en dat ‘distribution’ een stapje verder gaat, en het de tegeldemaking betreft. Het zou immers merkwaardig zijn als de curator wel zonder de nadere voorwaarde goederen te gelde zou mogen maken (‘realize’) en daarmee van het grondgebied van de erkennende staat zou mogen verwijderen, maar dat hij voor het verdelen van de opbrengst onder de schuldeisers aan een zwaarder criterium zou moeten voldoen.

3.2.7 *Drie extra veiligheidskleppen*

De opstellers van de Modelwet meenden dat de nationale wetgevers zich toch wat minder comfortabel zouden kunnen voelen bij het opnemen in hun wetgeving van de bevoegdheid

om additionele gevolgen aan de erkenning toe te kennen, en hebben daarom in artikel 22 drie extra regels opgenomen met betrekking tot die bevoegdheid.⁸⁹ Nu de Modelwet geen enkele bindende status heeft, hadden nationale wetgevers ook zonder artikel 22 deze of andere regels kunnen opnemen in hun eigen wet, maar misschien dat zij door dit artikel iets van hun reserves, voor zover aanwezig, laten varen als zij zich afvragen of de Modelwet voor opneming in de eigen wet in aanmerking komt. Ik wijs erop dat deze drie waarborgen bovenop de waarborg komen die ik zojuist al heb genoemd, namelijk dat de buitenlandse curator slechts met toestemming van de rechter goederen die aanwezig zijn in de erkennende staat te gelde mag maken.

In de eerste plaats is bepaald dat de rechter bij het toekennen, wijzigen of beëindigen van de additionele gevolgen ervan overtuigd moet zijn dat aan de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen voldoende recht moet zijn gedaan. Iets soortgelijks was al bepaald met betrekking tot de bevoegdheid om 'distribution' door de curator toe te staan; in die zin is het met betrekking tot die bevoegdheid dubbelop bepaald. Het is belangrijk zich te realiseren dat aan de hand van deze maatstaf gevolgen veel eerder worden geweigerd dan aan de hand van de maatstaf die is gebaseerd op strijd met de openbare orde (laat staan 'kennelijke' strijd met de openbare orde). De openbare-orde-exceptie gaat uit van een kennelijke onverenigbaarheid met rechtsbeginselen die in de Nederlandse rechtsorde fundamenteel worden gehouden.⁹⁰ Het is mogelijk dat een bepaald gevolg nog wel verenigbaar is met een fundamenteel Nederlands rechtsbeginsel, maar dat toch de belangen van de betrokkene onvoldoende zijn beschermd.

In de tweede plaats is bepaald dat de rechter voorwaarden kan verbinden aan het toekennen van de additionele gevolgen. Voorstelbaar is dat de rechter verlangt dat de buitenlandse curator zekerheid stelt wanneer hij toestaat dat de buitenlandse curator de in de erkennende staat aanwezige goederen verwijdert en te gelde maakt, opdat wordt voorkomen dat de opbrengst verdwijnt naar een onbekende plaats.

In de derde plaats is bepaald dat de rechter de toegekende gevolgen kan wijzigen of beëindigen, zowel op verzoek als ambtshalve.

Aandacht verdient dat artikel 22 van de Modelwet deze drie mogelijkheden slechts noemt met betrekking tot de gevolgen die zijn toegekend, dus niet de gevolgen die van rechtswege gelden na de erkenning van een buitenlandse procedure als hoofdprocedure. Dat is

89 Deze drie bepalingen gelden ook voor het toestaan van voorlopige maatregelen, welke ik omwille van de beknoptheid buiten beschouwing heb gelaten in dit preadvies.

90 Asser/Vonken 10-1 2013/10, nr. 395; zie ook supra, noot 48 en 49.

enigszins merkwaardig. Wanneer een buitenlandse procedure wordt erkend als een territoriale procedure, kan de rechter daaraan het gevolg toekennen dat bestaande individuele acties en rechtsvorderingen en beslagen worden bevroren en dat het onmogelijk wordt gemaakt nieuwe individuele acties en rechtsvorderingen in te stellen en beslagen te leggen, alsmede dat de beschikkings- en beheersbevoegdheid van de schuldenaar wordt geschorst. Waarom zouden de drie veiligheidskleppen, in het bijzonder de beëindigings- en wijzigingsmogelijkheid, wel gelden voor de gevolgen die pas plaatsvinden wanneer zij door een rechterlijke beslissing worden toegekend, en niet voor de gevolgen met een zelfde inhoud maar die van rechtswege intreden na de erkenning van een buitenlandse procedure als een hoofdprocedure? In dit verband wijs ik op het belangrijke artikel 20 lid 2:

‘The scope, and the modification or termination, of the stay and suspension referred to in paragraph 1 of this article are subject to [refer to any provisions of law of the enacting State relating to insolvency that apply to exceptions, limitations, modifications or termination in respect of the stay and suspensions referred to in paragraph 1 of this article].’

In dit lid is bepaald dat de reikwijdte, wijziging of beëindiging van de van rechtswege ingetreden gevolgen onderworpen zijn aan bepalingen die in de nationale wet zijn opgenomen. Wijziging en beëindiging van de gevolgen die van rechtswege intreden na de erkenning van een hoofdprocedure zijn dus wel mogelijk, maar deze mogelijkheid wordt als het ware een beetje tussen neus en lippen genoemd. Zie ook de volgende paragraaf.

3.2.8 *Toepasselijk recht*

De bedoeling van de Modelwet is hoofdzakelijk om materiële regels te geven met betrekking tot de erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure. In de visie van degenen die de Modelwet oorspronkelijk hebben opgesteld, past minder goed in die bedoeling dat een duidelijke bepaling met betrekking tot het toepasselijke recht zou worden opgenomen. Zojuist noemde ik al artikel 20 lid 2. Met betrekking tot deze bepaling wordt in de Guide to Enactment, ook in de versie van 2013, opgemerkt dat de bevroering van de situatie (de ‘stay’) in de erkennende staat weliswaar automatisch is, maar dat de reikwijdte van de stay afhankelijk is van uitzonderingen en beperkingen die in het recht van de erkennende staat bestaan. Als voorbeelden van onderwerpen waarop uitzonderingen en beperkingen betrekking kunnen hebben die worden beheerst door het recht van de erkennende staat worden genoemd de uitwinning van activa door schuldeisers met een zakelijk zekerheidsrecht, in hoeverre de schuldenaar tijdens de insolventieprocedure nog betalingen mag doen in het kader van de normale bedrijfsvoering en in hoeverre voor de rechter nog

procedures kunnen worden begonnen met betrekking tot vorderingen die zijn ontstaan na de opening van de insolventieprocedure of de erkenning van de buitenlandse insolventieprocedure. In de Modelwet ontbreekt een algemene bepaling met betrekking tot het toepasselijke recht; er is dan ook geen opsomming van onderwerpen die door een aangegeven recht worden beheerst, zoals die wel is gegeven in artikel 4 van de huidige Insolventieverordening of artikel 7 van de toekomstige Insolventieverordening. Bijgevolg bevat de Modelwet evenmin artikelen die een uitzondering maken op de aanwijzing van een recht, zoals in de Insolventieverordening wel het geval is. Staten kunnen op vrijwillige basis ten aanzien van elke door de Modelwet gedane suggestie beslissen of zij die wel of niet overnemen, maar met betrekking tot het toepasselijke recht doet de Modelwet niet eens een algemene suggestie, met als uitzondering artikel 20 lid 2.

Tot aan het verschijnen van de Legislative Guide in 2005 kon misschien uit artikel 20 lid 2 worden afgeleid dat de opstellers in het achterhoofd hadden dat ook andere onderwerpen door het recht van de erkennende staat worden beheerst, maar dat was toen al niet zeker. In 2005 heeft Uncitral evenwel de Legislative Guide on Insolvency Law gepubliceerd.⁹¹ In Part two, onderdeel I, subonderdeel C, worden aanbevelingen gegeven met betrekking tot het toepasselijke recht. De Modelwet zelf is niet aangepast; deze bevat dus nog steeds geen bepalingen met toepasselijk recht. In de Legislative Guide wordt onderscheid gemaakt tussen het recht dat het ontstaan van de vorderingen beheerst, en het recht dat de gevolgen van de insolventieprocedure op die vorderingen beheerst.⁹²

Aanbevolen wordt dat de *lex concursus* van toepassing is op alle aspecten van de opening, het verloop, de uitvoering en de beëindiging (commencement, conduct, administration and conclusion) van de insolventieprocedure en op de gevolgen van die procedure. Genoemd worden de volgende voorbeelden van onderwerpen waarvan wordt aanbevolen dat deze worden beheerst door de *lex concursus*:

- a. identification of the debtors that may be subject to insolvency proceedings;
- b. determination of when insolvency proceedings can be commenced and the type of proceeding that can be commenced, the party that can apply for commencement and whether the commencement criteria should differ depending upon the party applying for commencement;
- c. constitution and scope of the insolvency estate;
- d. protection and preservation of the insolvency estate;
- e. use or disposal of assets;

91 United Nations Commission on International Trade Law, *Legislative Guide on Insolvency Law*, 2005, raadpleegbaar op www.uncitral.org.

92 *Idem*, p. 68, par. 82.

- f. proposal, approval, confirmation and implementation of a plan of reorganization;
- g. avoidance of certain transactions that could be prejudicial to certain parties;
- h. treatment of contracts;
- i. set-off;
- j. treatment of secured creditors;
- k. rights and obligations of the debtor;
- l. duties and functions of the insolvency representative;
- m. functions of the creditors and creditor committee;
- n. treatment of claims;
- o. ranking of claims;
- p. costs and expenses relating to the insolvency proceedings;
- q. distribution of proceeds;
- r. conclusion of the proceedings; and
- s. discharge

Vervolgens noemt de Legislative Guide twee onderwerpen die niet door de *lex concursus* worden beheerst: de gevolgen van de insolventieprocedure voor payment and settlement systems, en voor arbeidsovereenkomsten (aanbevelingen 32 en 33). Tot slot wordt aanbevolen om de uitzonderingen op de regel dat de *lex concursus* de gevolgen van de insolventieprocedure beheerst, beperkt te houden (aanbeveling 34).

Hoe verhouden de voorbeelden van onderwerpen waarvan wordt aanbevolen dat deze door de *lex concursus* worden beheerst zich tot de opvatting van degenen die zo'n zeven jaar eerder de Modelwet hadden geschreven dat de Modelwet hoofdzakelijk is bedoeld om materiële regels te geven met betrekking tot de erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure en dat daarin minder goed een bepaling met betrekking tot het toepasselijke recht past? Dat is niet helemaal duidelijk, temeer niet omdat in de herziene Guide to Enactment uit 2013 nog steeds de voorbeelden worden genoemd van onderwerpen die kunnen zijn onderworpen aan uitzonderingen en beperkingen naar het recht van de erkennende staat (zoals: in hoeverre mag de schuldenaar tijdens de insolventieprocedure nog betalingen doen in het kader van de normale bedrijfsvoering?).⁹³

Voorop staat dat de Modelwet een aanbeveling is, en dat de Legislative Guide uit 2005 weer aanbevelingen bevat met betrekking tot die aanbeveling. Dat maakt de aanbevelingen in de Legislative Guide nog 'softer law' dan de soft law die de Modelwet is. Misschien hadden de opstellers van de Legislative Guide heimelijk een voorkeur ervoor om de voor-

93 Uncitral, *Uncitral Model Law on Cross-border Insolvency with Guide to Enactment and Interpretation* 2013, p. 85, par. 183, raadpleegbaar op www.uncitral.org.

beelden die door de *lex concursus* kunnen worden beheerst in de Modelwet zelf op te nemen, en dus de Modelwet te wijzigen, maar waren zij huiverig ervoor dat ook daadwerkelijk te doen omdat dat mogelijk landen ervan zou weerhouden de Modelwet over te nemen. Dat is echter speculeren.

Wat daarvan zij, misschien is het volgende bedoeld. Volgens de Modelwet erkent de erkennende staat in ieder geval het loutere bestaan van de buitenlandse insolventieprocedure, met als gevolg de *stay* in de erkennende staat. Volgens de aanbevelingen in de Legislative Guide erkent de erkennende staat vervolgens ook de gevolgen die de *lex concursus* aan de insolventieprocedure verbindt, met de uitzonderingen voor *payment and settlement systems* en arbeidsovereenkomsten. Een staat die de aanbeveling uit de Legislative Guide overneemt, kan vervolgens weer op grond van artikel 20 lid 2 van de Modelwet de erkenning onderwerpen aan beperkingen en uitzonderingen die de erkennende staat in zijn wet heeft opgenomen. Het lijkt erop dat Uncitral een beetje op twee gedachten hinkt.

In ieder geval kan worden gezegd dat Uncitral door de publicatie van de Legislative Guide op dit punt richting de Insolventieverordening is opgeschoven. Misschien komt dat wel doordat Uncitral heeft ingezien dat de effectiviteit van een insolventieprocedure minder groot is indien de procedure weliswaar in andere staten gevolgen heeft, maar deze gevolgen per staat verschillen. De effectiviteit wordt vergroot wanneer de gevolgen in beginsel door het recht van de staat van opening worden beheerst. De curator hoeft dan niet per staat te onderzoeken wat de toepasselijke regels bepalen, maar kan in alle staten zijn eigen *lex concursus* toepassen.

3.3 TITEL 10 VOORONTWERP INSOLVENTIEWET VERGELEKEN MET DE MODELWET

3.3.1 *Inleiding*

Op 1 november 2007 heeft de voorzitter van de toen nog bestaande Commissie insolventierecht, Kortmann, een voorontwerp voor een Insolventiewet aan de toenmalige minister van Justitie aangeboden.⁹⁴ De grootste wijziging bestond uit de vervanging van de drie

94 Supra, noot 58. Zie o.a. R.J. van Galen, 'Cross-border insolvencies in the Netherlands: en new proposal', *Insolvency and Restructuring International* 2008, vol. 2, nr. 2, p. 43-46; P.M. Veder, 'Plaatst Nederland zich alsnog "aan de spits der moderne rechtsontwikkeling"?', in: M.C. Bijl e.a. (red.), *Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 195-207; L. Lennarts en P.M. Veder, 'The Dutch Domestic Cross-Border Insolvency Framework (and Why it is Badly in Need of Reform, Illustrated by the Yukos Litigation)', *International Insolvency Law Review* 2012, p. 220-233; P.M. Veder, 'Bob's "Unvollendete"?', in: B. Santen en D. van Offeren (red.), *Perspectives on international insolvency law: a tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer 2014, p. 139-150.

bestaande procedures – faillissement, surseance van betaling en schuldsanering natuurlijke personen – door één unitaire procedure. Daarnaast werden andere wijzigingen voorgesteld, waaronder in titel 10 een regeling van het internationale insolventierecht. Hierna zal ik kortweg verwijzing naar ‘het Voorontwerp’, maar men houde dus in het oog dat de voornaamste voorgestelde wijzigingen niet het internationale insolventierecht betreffen. De minister van Justitie heeft beslist het gehele voorontwerp niet over te nemen. Dat betekent dat niet alleen de unitaire procedure niet is ingevoerd, maar ook dat het internationale insolventierecht nog steeds niet bij wet is geregeld. Toch kan titel 10 goed als een bron van inspiratie dienen voor een nieuwe wettelijke regeling. Ik zal hieronder de hoofdlijnen van het voorontwerp noemen. Ik zal uitsluitend de gevolgen in Nederland van een buitenlandse insolventie bespreken en daarbij de overeenkomsten en de verschillen met de Modelwet aanstippen.

3.3.2 *Buitenlandse insolventieprocedure*

De definitie van een buitenlandse insolventieprocedure is inhoudelijk vrijwel identiek aan de definitie in de Modelwet. In de definitie in het Voorontwerp wordt in het midden gelaten aan de hand van welk recht wordt bepaald of de schuldenaar insolvent is. In artikel 10.4.1 Voorontwerp, waarover hieronder meer, wordt bepaald dat de insolventie wordt beheerst door de lex concursus. Daaruit zal wel mogen worden afgeleid dat het ook de lex concursus is die bepaalt of een schuldenaar insolvent is.

3.3.3 *Erkenning*

Ook onder het Voorontwerp is er geen automatische erkenning; er is pas erkenning wanneer daarom is verzocht en dat verzoek is toegewezen. Onder de Modelwet kan slechts de buitenlandse curator om erkenning vragen, maar onder het Voorontwerp kunnen ook de schuldenaar en een schuldeiser om erkenning verzoeken. Het verzoek moet worden gericht aan de Rechtbank Den Haag (art. 10.3.1). De erkenning wordt geweigerd in twee gevallen. In de eerste plaats wordt erkenning geweigerd indien de rechter niet naar internationaal aanvaarde normen bevoegd was de insolventie uit te spreken. Anders dan onder de Modelwet wordt de bevoegdheid dus niet getoetst aan de hand van normen die Nederland zelf heeft geschreven, maar naar internationaal aanvaarde normen, maar in de praktijk zullen die wellicht weinig van elkaar verschillen. In de tweede plaats wordt erkenning geweigerd indien er strijd is met de openbare orde. Niet wordt vereist dat degene die zich als curator presenteert, aantoont dat hij inderdaad de curator is.

Lennarts wijst erop dat, wanneer deze regeling van kracht zou zijn geweest in 2006, de curator in de *Yukos*-zaak zich dus had moeten wenden tot de Rechtbank Den Haag.⁹⁵ Deze rechtbank had zich dan moeten uitlaten over de vraag of het faillissement zou worden erkend dan wel dat de erkenning zou worden geweigerd wegens strijd met de openbare orde. Tegen die beslissing was dan wel hoger beroep mogelijk geweest, en tegen de beslissing in hoger beroep weer cassatieberoep, maar op grond van artikel 2.2.6 jo. artikel 10.3.1, had in ieder geval de rechtbank het verzoek met de meeste spoed moeten behandelen. Als ik het goed zie, geldt de regel dat het verzoek met de meeste spoed moet worden behandeld, merkwaardigerwijs niet voor het hoger beroep en het cassatieberoep. Toch lijkt het erop dat er onder het Voorontwerp sneller duidelijkheid zou zijn over de vraag of er strijd is met de openbare orde. In 2011 schreef Lennarts al dat dat sneller moet kunnen dan toen het geval was,⁹⁶ en pas zes jaar later zou het Hof Amsterdam de erkenning van het faillissement van *Yukos* weigeren.⁹⁷

3.3.4 *Gevolgen van de erkenning*

Het Voorontwerp noemt wel uitdrukkelijk de buitenlandse hoofdinsolventie, en ook de erkenning van een buitenlandse insolventie als buitenlandse hoofdinsolventie. Dat suggereert dat ook is stilgestaan bij een niet-hoofdinsolventie ('non main' in de Modelwet), maar de erkenning en de gevolgen daarvan worden niet genoemd. Het moet daarom ervoor worden gehouden dat alleen een buitenlandse insolventieprocedure die wordt erkend als buitenlandse hoofdinsolventieprocedure in Nederland gevolgen heeft. De gevolgen van de erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure als buitenlandse hoofdinsolventieprocedure is dat die insolventie 'de in Nederland gelegen goederen omvat' (art. 10.3.2. lid 1 Voorontwerp). Uit artikel 10.3.2 lid 2, dat bepaalt dat de erkenning geen terugwerkende kracht heeft, moet worden afgeleid dat dit 'omvatten' in ieder geval betekent dat de schuldenaar geen beschikkingshandelingen meer kan verrichten ten aanzien van in Nederland gelegen goederen. Net als onder de Modelwet kan dit gevolg verdergaan dan de gevolgen die de insolventieprocedure in de staat van opening heeft; blijkens de in het Voorontwerp opgenomen definitie van 'buitenlandse insolventie' is er ook dan insolventie wanneer de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen uitoefent onder toezicht van een rechter. Anders dan in de Modelwet is in het Voorontwerp wel bepaald dat een buitenlandse procedure hier geen gevolgen heeft wanneer hier een territoriale procedure is geopend.

95 M.L. Lennarts, 'Yukos: na meer dan 4 jaar procederen nog geen uitsluitel over de erkenning van een Russisch faillissementsvonnis... dat moet anders!', *TvI* 2011/8.

96 Lennarts, *TvI* 2011/8.

97 Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1695.

Een belangrijk verschil met de Modelwet is dat het Voorontwerp geen onderscheid maakt tussen gevolgen die automatisch voortvloeien uit de erkenning en gevolgen die daarbovenop nog eens mogen worden toegekend. In het bijzonder bepaalt het Voorontwerp niet dat de curator de goederen eerst dan te gelde mag maken wanneer hij daarvoor toestemming van de rechter heeft. Voorts bepaalt de Modelwet dat ook de erkenning van een buitenlandse procedure als een buitenlandse territoriale procedure gevolgen kan hebben voor goederen in de erkennende staat, mits de rechter daartoe uitdrukkelijk besluit. Zoals gezegd ontbreekt een dergelijke mogelijkheid in het Voorontwerp. Voor andere gevolgen is dit verschil tussen automatische gevolgen en gevolgen waartoe de rechter moet beslissen minder belangrijk. Zo is er onder de Modelwet nog een extra beslissing van de rechter na erkenning nodig voor het horen van getuigen; maar ook wanneer onder het Voorontwerp de gevolgen automatisch intreden als gevolg van de erkenning, dan nog is een extra beslissing van de rechter nodig om getuigen te horen. De getuigen zouden echter toch al niet automatisch worden gehoord.

Wat het Voorontwerp, net als de Insolventieverordening, wel regelt maar de Modelwet niet, is dat beslissingen inzake het verloop en de beëindiging, alsmede het door een buitenlandse rechter bevestigd akkoord, eveneens zonder nadere formaliteit worden erkend, behalve voor zover de gevolgen van die erkenning kennelijk in strijd zouden zijn met de openbare orde. Wat noch de Modelwet, noch het Voorontwerp kent, is de bepaling dat ook beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de insolventieprocedure en daarop nauw aansluiten, eveneens zonder formaliteiten worden erkend. Op bladzijde 198 van de toelichting op het Voorontwerp wordt opgemerkt dat voor die beslissingen aansluiting moet worden gezocht bij artikel 431 Rv.

3.3.5 *Veiligheidskleppen?*

In paragraaf 3.2.6 noemde ik drie veiligheidskleppen in de Modelwet; zijn deze ook opgenomen in het Voorontwerp? Zojiust noemde ik al dat onder de Modelwet niet automatisch uit de erkenning voortvloeit dat de buitenlandse curator mag overgaan tot ‘distribution’, maar dat daarvoor toestemming van de rechter nodig is. Op bladzijde 199 van de toelichting op het Voorontwerp wordt opgemerkt dat de curator aan de slag kan binnen Nederland na de erkenning zonder enige vorm van zekerheidstelling dan wel andere formaliteit, en dat artikel 10.3.5 lid 2 uitdrukkelijk bepaalt dat de buitenlandse curator ook de goederen mag verwijderen die zich in Nederland bevinden, maar dat hij daarbij wel de regeling van artikel 10.4.2. en 10.4.4 in acht moet nemen. Artikel 10.4.2 bepaalt hetzelfde als artikel 5 van de huidige Insolventieverordening en artikel 8 van de herziene Insolventieverordening. Kort gezegd komt artikel 10.4.2 Voorontwerp erop neer dat, indien op grond van de lex

concurfus een insolventieprocedure zou leiden tot aantasting van zakelijke rechten, die regel niet geldt met betrekking tot zakelijke rechten die zijn gevestigd op goederen die zich in een andere staat bevinden. Ik lees de artikelen 10.3.5 lid 2 in samenhang met artikel 10.4.2 zo, dat, wanneer naar een buitenlandse lex concursus een zakelijk zekerheidsrecht wordt aangetast door een insolventieprocedure, die aantasting niet geldt met betrekking tot een in Nederland gelegen goed.

Het tweede artikel dat in artikel 10.3.5 lid 2 wordt genoemd is artikel 10.4.4. Dat artikel heeft betrekking op eigendomsvoorbehoud en bepaalt hetzelfde als artikel 7 van de huidige Insolventieverordening en artikel 10 van de herziene Insolventieverordening. Die bepalingen komen erop neer dat de insolventie van een gefailleerde koper een eigendomsvoorbehoud onverlet laat, en dat de insolventie van een gefailleerde verkoper niet belet dat de koper het goed verkrijgt. Ik lees artikel 10.3.5 lid 2 in samenhang met artikel 10.4.4 zo, dat, wanneer een buitenlandse lex concursus een eigendomsvoorbehoud aantast, die aantasting niet geldt met betrekking tot een in Nederland gelegen goed.

De conclusie met betrekking tot de eerste veiligheidsklep, namelijk met betrekking tot het te gelde maken door de buitenlandse curator van goederen die hier aanwezig zijn is de volgende. Onder de Modelwet heeft de buitenlandse curator daarvoor aparte toestemming nodig, en onder het Voorontwerp niet. Wel bepaalt het Voorontwerp dat aantastingen door de buitenlandse insolventieprocedure van zakelijke rechten en een eigendomsvoorbehoud niet in Nederland werken. Dat wordt niet bepaald in de Modelwet, maar daarbij moet worden aangetekend dat de Modelwet niet bepaalt dat de buitenlandse lex concursus de gevolgen van de insolventie bepaalt. Wanneer onder de Modelwet het recht van de erkennende staat de gevolgen bepaalt, is het niet nodig om te bepalen dat aantastingen die door de buitenlandse lex concursus aan de insolventie worden vastgeknoopt, in de erkennende staat niet werken.

De tweede veiligheidsklep die in de Modelwet is opgenomen is dat de rechter voorwaarden kan verbinden aan het toekennen van de additionele gevolgen. Voorstelbaar is dat de rechter verlangt dat de buitenlandse curator zekerheid stelt wanneer hij de in de erkennende staat aanwezige goederen verwijdert en te gelde maakt, opdat wordt voorkomen dat de opbrengst verdwijnt naar een onbekende plaats. Een dergelijke waarborg is niet opgenomen in het Voorontwerp.

In de derde plaats is in de Modelwet bepaald dat de rechter gevolgen, zowel de toegekende als de automatisch ingetredene, kan wijzigen of beëindigen, op verzoek en ambtshalve. Ook die waarborg ontbreekt in het Voorontwerp. Met betrekking tot de toegekende gevolgen bepaalt de Modelwet uitdrukkelijk dat de rechter beoordeelt of de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen voldoende zijn beschermd (art. 22 lid 1 Modelwet), en wanneer die regel analoog wordt toegepast met betrekking tot de wijziging of beëindiging van de automatisch ingetreden gevolgen, geldt die regel ook voor die gevolgen. De beoor-

deling of aan de belangen van de schuldeisers en de andere betrokkenen voldoende recht wordt gedaan, is niet opgenomen in het Voorontwerp.

Zowel in de Modelwet als in het Voorontwerp is een toets met betrekking tot de openbare orde opgenomen.

Overigens wordt op bladzijde 196 van de toelichting op het Voorontwerp als voorbeeld van een situatie waarin zich strijd met de openbare orde zou voordoen het geval genoemd waarin een procedure die zich naar buitenlands recht als een ‘buitenlandse insolventie’ aandient, maar zich kennelijk niet richt op de bescherming van de belangen van de schuldeisers, en alleen een bepaalde schuldeiser zoals een overheid of een nationale autoriteit beschermt. Betwijfeld kan worden of er inderdaad sprake is van strijd met de goede trouw wanneer de buitenlandse procedure – weliswaar volgens de regels – in theorie de belangen van alle schuldeisers beschermt maar in de praktijk zo uitpakt dat slechts één bepaalde schuldeiser zoals een overheid wordt beschermd. Het recht zelf lijkt in zo’n situatie immers in overeenstemming met de Nederlandse beginselen. Vermoedelijk kan in een dergelijk geval erkenning beter worden geweigerd op de grond dat aan de belangen van de schuldeisers niet voldoende recht wordt gedaan. Probleem is evenwel dat op het moment dat de vraag zich voordoet of de buitenlandse insolventieprocedure moet worden erkend, nog niet duidelijk is wat de praktische resultaten van de buitenlandse insolventieprocedure zullen zijn. Voor een dergelijk geval zou een beoordeling of de schuldeisersbelangen voldoende zijn beschermd in het kader van de vraag of de curator mag overgaan tot tegeldemaking, uitkomst kunnen bieden. Wanneer de buitenlandse procedure weliswaar is gebaseerd op de insolventie van de schuldenaar maar *de iure* gericht is op de bescherming van één bepaalde schuldeiser, is er mijns inziens geen sprake van een collectieve procedure. De erkenning van de procedure kan in dat geval niet plaatsvinden op grond van het Voorontwerp, niet wegens strijd met de openbare orde, maar omdat het niet een insolventieprocedure betreft.

De conclusie is dat het Voorontwerp minder veiligheidskleppen kent dan de Modelwet.

3.3.6 *Toepasselijk recht*

Afdeling 10.4 geeft bepalingen met betrekking tot toepasselijk recht. Daarbij zijn de regels van de Insolventieverordening overgenomen. Uitdrukkelijk is bepaald dat de insolventie van de schuldenaar wordt beheerst door het recht van de staat waar de insolventieprocedure is geopend. Vervolgens worden dezelfde uitzonderingen op deze regel opgenomen als in de Insolventieverordening, eerst de drie materieelrechtelijke met betrekking tot goederenrechtelijke rechten, verrekening en eigendomsvoorbehoud, en vervolgens de internatio-

naalprivaatrechtelijke met betrekking tot onder andere overeenkomsten betreffende onroerende zaken, arbeidsovereenkomsten en registergoederen, bescherming van de derdeverkrijger en de actio pauliana. Met betrekking tot dat laatste zij opgemerkt dat artikel 10.4.9. erop neerkomt dat een handeling alleen dan met een actio pauliana kan worden aangetast indien zowel de lex concursus als de lex causae daarin voorziet, maar dat op bladzijde 197 van de toelichting op het Voorontwerp wordt opgemerkt dat de curator kan trachten handelingen aan te tasten op grond van de actio pauliana 'zoals geregeld in de lex concursus'. Daar wordt dus niet de cumulatieve toepassing van de lex concursus en de lex causae genoemd, maar dat moet op een vergissing berusten.

Zoals gezegd bevat de Modelwet geen uitdrukkelijke bepaling dat het recht van de staat van opening de insolventie en de gevolgen daarvan beheerst, maar bevat de Modelwet met bepaalde onderwerpen wel de uitnodiging om de gevolgen daarvan door het recht van de erkennende staat te laten beheersen.

3.3.7 *Conclusie*

- Zowel onder de Modelwet als het Voorontwerp heeft een buitenlandse insolventieprocedure in de erkennende staat pas gevolgen nadat een verzoek om erkenning is toegewezen.
- Onder de Modelwet kan alleen de buitenlandse curator om erkenning vragen. Onder het Voorontwerp kunnen ook de schuldenaar en een schuldeiser dat doen.
- Onder de Modelwet kan ook de erkenning van een buitenlandse procedure als territoriale procedure gevolgen hebben; het Voorontwerp zwijgt daarover.
- De Modelwet bevat meer waarborgen:
 - ook automatische gevolgen kunnen worden gewijzigd of beëindigd indien dat in het belang van de schuldeisers en andere betrokkenen is;
 - de buitenlandse curator mag alleen met toestemming van de rechter van de erkennende staat goederen op het grondgebied van die staat te gelde maken;
 - de rechter van de erkennende staat kan voorwaarden verbinden aan de gevolgen, ook die welke automatisch intreden na de erkenning.
- Het Voorontwerp bepaalt duidelijker wat het toepasselijke recht is, namelijk in beginsel het recht van de staat van opening. Voor zover de Modelwet daar al iets over zegt, lijkt het recht van de erkennende staat te worden aangewezen, maar in de Legislative Guide van 2005 wordt als hoofdregel de lex concursus aanbevolen.

4 WAT VERDIENT DE VOORKEUR: DE MODELWET OF HET VOORONTWERP?

In subparagraaf 2.3.4 heb ik betoogd dat de huidige situatie niet bevredigend is. Door het ontbreken van een toets aan de poort kan het voorkomen dat gevolgen worden toegekend aan een buitenlandse procedure die niet is gebaseerd op insolventie, die is geopend door een rechter die naar Nederlands recht niet bevoegd is of die in strijd is met de openbare orde. Ook is het mogelijk dat gevolgen worden toegekend waardoor aan de belangen van de betrokkenen, niet alleen de crediteuren maar ook de schuldenaar zelf, onvoldoende recht wordt gedaan. Aan de andere kant is het mogelijk dat een buitenlandse insolventieprocedure juist te weinig gevolgen in Nederland heeft. In een insolventieprocedure die geheel voldoet aan onze maatstaven kunnen schuldeisers nog steeds individueel beslag leggen op in Nederland gelegen goederen, hetgeen in strijd is met de *paritas creditorum*.

Ik acht het daarom wenselijk dat er een wettelijke regeling met betrekking tot de werking in Nederland van buitenlandse insolventieprocedures wordt ingevoerd. In het vorige hoofdstuk heb ik twee teksten besproken: de Uncitral Modelwet en het Voorontwerp van de Commissie Kortmann. Leent een van deze twee teksten zich ertoe om te worden overgenomen in de Nederlandse wet?⁹⁸

Vooropgesteld moet worden dat de Uncitral Modelwet en het Voorontwerp tot op zekere hoogte op dezelfde leest zijn geschoeid. Zeker, er zijn belangrijke verschillen, bijvoorbeeld met betrekking tot de vraag of de curator voor tegeldemaking nog apart toestemming behoeft, en in hoeverre er naast de openbare-orde-toets nog moet worden beoordeeld of voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de schuldeisers of de schuldenaar. Dat zijn verschillen die in de praktijk in een concreet geval van doorslaggevend belang kunnen zijn. Toch is het ook weer niet zo dat de Uncitral Modelwet en het Voorontwerp uitgaan van twee diametraal tegenover elkaar staande filosofieën. Het is goed dat in het achterhoofd te houden bij het beantwoorden van de vraag welke van deze twee teksten de voorkeur verdient.

98 Zie in dit verband ook een aanbeveling van Insol Europe om de Modelwet op te nemen in de Insolventieverordening: *Revision of the European Insolvency Regulation, as provided by Insol Europe*, gepubliceerd door Insol Europe in mei 2012; en I.A. Fletcher en B. Wessels, *Harmonization of Insolvency Law in Europe*, Preadvieszen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2012, Reports Netherlands Association for Civil Law 2012, Deventer: Kluwer 2012, ook raadpleegbaar op www.nederlandseverenigingvoorburgerlijkrecht.nl.

ALLEEN GEVOLGEN NA ERKENNING OP VERZOEK

Ik stel voorop dat de basisgedachte van beide teksten mij gewenst voorkomt: een buitenlandse insolventieprocedure heeft hier niet automatisch gevolgen. Om erkenning moet worden verzocht. Pas wanneer een verzoek om erkenning is toegewezen, heeft een buitenlandse insolventieprocedure gevolgen in Nederland.⁹⁹ Beoordeeld moet worden of het inderdaad een insolventieprocedure betreft, of het verzoek inderdaad door iemand wordt gedaan die benoemd is tot curator, en of er strijd is met de openbare orde. Of in de situatie waarin er geen kennelijke onverenigbaarheid is met rechtsbeginselen die in de Nederlandse rechtsorde voor fundamenteel worden gehouden, vervolgens nog moet worden beoordeeld of de belangen van de schuldeisers en de schuldenaar voldoende worden beschermd, kom ik hieronder terug.

WIE MOET KAN OM ERKENNING KUNNEN VERZOEKEN?

Op grond van de Modelwet kan alleen de buitenlandse curator om erkenning vragen; op grond van het Voorontwerp kan niet alleen de buitenlandse curator dat, maar ook de schuldenaar en een schuldeiser. Het komt mij voor dat het Voorontwerp de juiste keuze maakt. Ook de schuldenaar kan belang hebben bij een erkenning in Nederland van de insolventieprocedure. Ik neem als voorbeeld het *Vleeschmeesters*-arrest. Daarin waren in een buitenlandse insolventieprocedure de nog resterende schulden omgezet in natuurlijke verbintenissen. Het betrof hier dus de rechten van de schuldeisers nadat de insolventieprocedure is beëindigd. De schuldenaar heeft het grootste belang erbij dat de omzetting van zijn schulden in natuurlijke verbintenissen ook in Nederland geldt. Waarom zou alleen de curator in zo'n geval om erkenning mogen vragen? Waarom zou de schuldeiser niet-ontvankelijk moeten worden verklaard in zijn verzoek om erkenning? De rechter moet ook naar aanleiding van een verzoek van de schuldeiser een toets aan de poort kunnen uitvoeren en kunnen beoordelen of de insolventieprocedure voor erkenning in aanmerking komt.

Ook de schuldeisers kunnen belang bij zo'n verzoek hebben. Het is mogelijk dat een schuldeiser wil verhinderen dat andere schuldeisers individueel verhaal nemen en zo de *paritas creditorum* frustreren. Indien de curator, om wat voor reden of door wat voor oorzaak ook, niet of niet tijdig om erkenning vraagt, waarom zou een schuldeiser niet zo'n verzoek moeten kunnen doen?

99 Korthedshalve zal ik in dit hoofdstuk steeds spreken over de gevolgen 'in Nederland'; ik doe dus alsof de Modelwet is geschreven voor de situatie waarin Nederland de erkennende staat is of de staat is die de Modelwet heeft overgenomen ('enacting State').

ERKENNING VAN EEN TERRITORIALE PROCEDURE?

Onder de Modelwet kan de rechter in Nederland gevolgen toekennen aan een insolventieprocedure die is geopend in een staat waar de schuldenaar niet het centrum van zijn voornaamste belangen heeft, maar wel een vestiging. Hij kan dat doet indien dit nodig is om de activa van de schuldenaar of de belangen van de schuldeisers te beschermen. Het Voorontwerp zwijgt hierover. Ik maak een uitstapje naar de Insolventieverordening, en merk op dat daarin is bepaald dat de gevolgen van een territoriale procedure alleen gelden ten aanzien van de goederen van de schuldenaar die zich op het grondgebied van de lidstaat van opening bevinden. Aan de ene kant zou het merkwaardig zijn indien Nederland het mogelijk maakt meer gevolgen toe te kennen aan een territoriale procedure die is geopend in een derde land dan aan een territoriale procedure die is geopend in een andere lidstaat. Daar staat tegenover dat Nederland op dit terrein niet is gebonden aan Europese regels, en zelf kan beslissen wat het doet. Wanneer het werkelijk nodig is om de activa van de schuldenaar te beschermen, of wanneer het werkelijk nodig is om de belangen van de schuldeisers te beschermen, valt toch wel iets ervoor te zeggen dat de rechter de mogelijkheid moet hebben om aan een buitenlandse territoriale insolventieprocedure gevolgen toe te kennen.

**TOETS OF BELANGEN VOLDOENDE WORDEN BESCHERMD NAAST
OPENBARE-ORDE-TOETS; TOESTEMMING VOOR TEGELDEMAKING DOOR
BUITENLANDSE CURATOR VAN IN NEDERLAND AANWEZIGE GOEDEREN?**

Op drie plaatsen wordt in de Modelwet expliciet de toets genoemd of de belangen van de betrokkenen wel voldoende ('adequately') zijn beschermd. In de eerste plaats kan de buitenlandse curator slechts dan in Nederland aanwezige goederen te gelde maken indien hij daarvoor toestemming heeft gekregen van de rechter, en de rechter geeft deze toestemming pas als hij ervan overtuigd is dat de belangen van de schuldeisers in Nederland wel voldoende zijn beschermd (art. 21 lid 2 Modelwet).

De tweede keer dat de bescherming van de belangen van schuldeisers, en deze keer ook van de activa van de schuldenaar, wordt genoemd, is in het artikel dat bepaalt dat de rechter gevolgen kan toekennen. Hij kan dat alleen dan doen wanneer dat noodzakelijk is om de belangen van de schuldeisers en de activa te beschermen. Het gaat hier dus niet om de toets of deze belangen voldoende worden beschermd, maar om de vraag of het toekennen van de gevolgen noodzakelijk is om de belangen te beschermen.

De derde keer dat deze additionele toets wordt genoemd, is in het kader van de gevolgen die de rechter kan toekennen na erkenning: niet alleen wanneer hij deze gevolgen toekent, maar ook wanneer hij deze wijzigt of beëindigt, moet hij ervan overtuigd zijn dat de

belangen van schuldeisers en anderen, onder wie de schuldenaar zelf, voldoende zijn beschermd (art. 22 lid 1 Modelwet). Ik laat nu even onbesproken het verschil dat de eerste keer alleen de schuldeisers worden genoemd, en de tweede keer de schuldeisers en andere betrokkenen.

Bovendien laat de Modelwet ruimte ervoor dat deze toets nòg een keer wordt uitgevoerd: op grond van artikel 20 lid 2 kunnen ook gevolgen die automatisch na de erkenning intreden worden gewijzigd en beëindigd. De Modelwet noemt niet de gronden waarop dat mogelijk is, maar verwijst naar de bepalingen van het nationale recht van de erkennende staat. Wanneer de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen al bij de wijziging en beëindiging van de *toegekende* gevolgen een rol spelen, dan is het zeer wel verdedigbaar dat die belangen nog sterker een rol behoren te spelen bij de *automatische* gevolgen; bij automatische gevolgen wordt immers niet beoordeeld of de belangen van schuldeisers en andere betrokkenen voldoende worden beschermd.

In het Voorontwerp ontbreekt een dergelijke toets.¹⁰⁰ Na de erkenning treden bepaalde gevolgen automatisch in. Zelfs voor het geval deze later niet in het belang van de schuldeisers of andere betrokkenen zouden blijken te zijn, biedt het Voorontwerp geen bepaling die het mogelijk maakt dat de rechter deze gevolgen wijzigt of beëindigt. Voorts is voor de tegeldemaking van de in Nederland aanwezige activa geen separate toestemming nodig, en is een toets of de belangen van de schuldeisers of andere betrokkenen wel zijn beschermd, niet aan de orde.

Er rijzen verschillende vragen. In de eerste plaats is er de vraag of na de erkenning van een buitenlandse hoofdinsolventieprocedure nog nadere toetsen moeten plaatsvinden: heeft de buitenlandse curator toestemming van de rechter nodig om goederen uit Nederland te verwijderen en te gelde te maken, en zo ja, kan de rechter aan die toestemming voorwaarden verbinden, bijvoorbeeld dat de buitenlandse curator zekerheid stelt? Zijn er nog andere gevolgen die na de erkenning eerst dan kunnen intreden wanneer daarvoor toestemming is verleend? In de tweede plaats rijst de vraag of, indien inderdaad toestemming is vereist, deze alleen kan worden geweigerd indien er (al dan niet kennelijke) strijd is met de openbare orde, dan wel dat goedkeuring ook kan worden geweigerd indien de rechter niet ervan overtuigd is dat de belangen van de schuldeisers en de andere belanghebbenden voldoende zijn beschermd.

In de eerste plaats bepleit ik een toets in het kader van de tegeldemaking door de buitenlandse curator van hier gelegen goederen. Het is zeer wel mogelijk dat de rechter weliswaar oordeelt dat de wijze waarop de insolventieprocedure is geopend niet op essentiële punten

100 Een dergelijke toets wordt wel genoemd in art. 10.3.6, dat het gelasten van conservatoire maatregelen mogelijk maakt; korthedshalve blijven de conservatoire maatregelen buiten beschouwing in dit preadvies.

afwijkt van fundamentele waarden en normen van het Nederlandse recht, maar toch van oordeel is dat de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen onvoldoende zijn beschermd. Nu zou men mij kunnen tegenwerpen dat iets dergelijks zich ook kan voordoen bij andere buitenlandse beslissingen dan de opening van een insolventieprocedure, bijvoorbeeld een veroordeling tot betaling van schadevergoeding, en dat we ook bij die andere beslissingen niet een lichtere toets mogelijk maken. Het is immers mogelijk dat de Nederlandse rechter ten aanzien van zo'n andere beslissing van oordeel is dat de rechter bevoegd was, dat naar Nederlands internationaal privaatrecht het juiste recht is toegepast en dat er geen kennelijke onverenigbaarheid is met rechtsbeginselen die in de Nederlandse rechtsorde voor fundamenteel worden gehouden, en dat hij toch zelf een andere beslissing zou hebben gegeven. In dat geval is er echter geen ruimte voor een afweging of de belangen van degene die is veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding wel voldoende zijn beschermd. Waarom is er in het kader van de erkenning van een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding niet een additionele lichtere toets – zo zou men mij kunnen vragen – en zou die er wel moeten zijn in het kader van de erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure? Mijn antwoord daarop is als volgt. Wanneer de rechter voor de beslissing staat of hij een buitenlandse veroordeling tot het betalen van schadevergoeding moet erkennen, weet hij wat de gevolgen zijn van die erkenning. Dat hebben we in eigen hand: het wordt mogelijk gemaakt dat de partij die door de buitenlandse rechter in het gelijk is gesteld, zich tracht te verhalen op in Nederland gelegen goederen. Dat is anders wanneer de rechter toestaat dat de buitenlandse curator in Nederland aanwezige goederen te gelde maakt. We hebben niet in de hand wat een buitenlandse curator doet met de opbrengst. De schuldeisers moeten maar afwachten of de curator de opbrengst inderdaad eerlijk onder alle schuldeisers verdeelt. Wanneer de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen verdwijnt naar een 'staat met een andere rechtstraditie', is het niet zeker dat de schuldeisers die eerst nog dachten dat zij pondspondsgewijs zouden meedelen in de opbrengst, wel iets terug zien van dat geld. Op bladzijde 199 van de toelichting op het Voorontwerp wordt opgemerkt dat de curator 'aan de slag [kan] binnen Nederland na de erkenning, zonder enige vorm van zekerheidsstelling dan wel andere formaliteit'. Onder het Voorontwerp mist de Nederlandse rechter evenwel de mogelijkheid om de buitenlandse curator te dwingen om een evenredig deel van de opbrengst uit te keren aan de schuldeisers die verhaal konden nemen op in Nederland aanwezige goederen. Onder het Voorontwerp heeft hij bijvoorbeeld niet de mogelijkheid om van de buitenlandse curator te verlangen dat hij zekerheid stelt voor het voldoen aan de verplichting om aan bepaalde schuldeisers hun deel te betalen. Ik vind dat een gemis; het Voorontwerp gaat mijns inziens teveel ervan uit dat het wel goed zit met een curator die is benoemd in een buitenlandse insolventieprocedure die hier is erkend. Waarop dat vertrouwen is gebaseerd, is niet helemaal duidelijk. In dit verband kan worden gewezen op een opmerking van Van Galen, namelijk dat sommigen 'zijn behept met een zeker idealisme omtrent de kwaliteit van buitenlandse

vonnissen, en de wens internationaal te kunnen samenwerken. Helaas is echter het grootste deel van de wereld niet beschaafd'.¹⁰¹ Het Voorontwerp veronachtzaamt dat hetgeen Van Galen opmerkt over buitenlandse vonnissen, ook wel eens zou kunnen gelden voor buitenlandse curatoren.

De conclusie is dat het wenselijk is dat de buitenlandse curator alleen dan goederen uit Nederland kan verwijderen en te gelde kan maken indien de rechter daarvoor op verzoek van de buitenlandse curator toestemming heeft gegeven. In het voorgaande ben ik nog niet duidelijk ingegaan op de vraag waarom ik ervoor pleit dat de rechter toetst aan de hand van het criterium 'zijn de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen wel voldoende beschermd?', en niet aan de hand van het criterium 'is er strijd met de openbare orde?'. Voorop gesteld wordt dat het mogelijk is dat de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen zodanig zijn geschaad, dat er tevens sprake is van strijd met de openbare orde. Dat neemt niet weg dat het belangencriterium minder zwaar is dan het openbare-orde-criterium. Van Galen merkt terecht op dat er in een zaak als *Yukos* voldoende middelen zijn om de strijd tegen de buitenlandse curator en de overheid van de staat van opening te voeren op basis van het openbare-orde-criterium.¹⁰² Dat zal niet in alle insolventieprocedures het geval zijn. Met Van Galen ben ik het eens dat men niet gemakkelijk een groot vertrouwen moet hebben in de logistieke, financiële en bewijsrechtelijke mogelijkheid om bij de Nederlandse rechter strijdigheid met de openbare orde voor het voetlicht te krijgen.¹⁰³ Waarschijnlijk heeft een soortgelijke gedachte geleefd bij de opstellers van de Modelwet, die naast de openbare-orde-toets nog in de Modelwet hebben opgenomen dat de rechter beoordeelt of de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen wel voldoende zijn beschermd.

Hoe moet verder worden geopereerd wanneer de rechter van oordeel is dat de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen onvoldoende zijn beschermd door een verwijdering uit Nederland en een tegeldemaking van de goederen? Er zijn mijns inziens in ieder geval twee mogelijkheden.

De eerste is dat de rechter verwijdering en tegeldemaking onder voorwaarden goedkeurt. Voorstelbaar is dat de rechter zekerheid van de buitenlandse curator verlangt. Eveneens is denkbaar dat de rechter de tegeldemaking opdraagt aan een door hem benoemde Nederlandse 'hulpcurator'. Artikel 21 lid 1, onderdeel e, en lid 2 van de Modelwet noemt de mogelijkheid van 'entrusting the administration and realization' onderscheidenlijk de 'distribution of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign represent-

101 R.J. van Galen, 'Internationaal insolventierecht in het Voorontwerp', *Ondernemingsrecht* 2008/137.

102 Van Galen 2008, par. 5.

103 Van Galen 2008, par. 5.

ative or another person designated by the court'.¹⁰⁴ Het opdragen van de tegeldemaking aan een door de rechter benoemde persoon kan worden gecombineerd met de voorwaarde dat de opbrengst wordt gestort op een Nederlandse bankrekening.

Wat echter indien de rechter van oordeel is dat, zelfs indien hij voorwaarden zou stellen, de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen nog steeds niet voldoende zijn beschermd? Dan komt de tweede mogelijkheid in beeld: geen goedkeuring verlenen voor de verwijdering uit Nederland en de tegeldemaking. Voorkomen moet evenwel worden dat de zaak dan in een impasse belandt. Met een 'impasse' bedoel ik de omstandigheid dat aan de ene kant de curator niet de bevoegdheid heeft om de goederen te gelde te maken, maar aan de andere kant de situatie voortduurt dat de schuldenaar niet de bevoegdheid heeft zijn goederen te beheren en daarover te beschikken, en de schuldeisers geen individueel verhaal kunnen nemen. De goederen zouden dan als het ware onbeheerd zijn. Men zou kunnen zeggen dat deze status van 'onbeheerdheid' vanzelf ophoudt te bestaan wanneer de insolventieprocedure wordt beëindigd en daardoor geen gevolgen meer heeft in Nederland, en dat dan het probleem is opgelost. Dat is ongewenst. Niet is uitgesloten dat de insolventieprocedure nog lang voortsleept en gedurende die tijd vindt geen tegeldemaking plaats zodat ook de schuldeisers nog niets van een opbrengst zien. Voor deze situatie zou artikel 10.2.1 van het Voorontwerp uitkomst kunnen bieden. Wanneer de schuldenaar in Nederland een woonplaats heeft of, wanneer dat niet het geval is, hij hier wel een beroep of bedrijf uitoefent, kan – in de terminologie van de Insolventieverordening – een territoriale procedure worden geopend. Artikel 10.2.1 lid 2 van het Voorontwerp voorziet in de situatie waarin de schuldenaar niet in Nederland woonplaats heeft onderscheidenlijk hier geen beroep of bedrijf uitoefent maar hier wel goederen heeft: dan kan een territoriale procedure worden geopend wanneer een buitenlandse insolventieprocedure is erkend als een buitenlandse hoofdotsolventieprocedure. Op grond van artikel 10.2.1 lid 3 van het Voorontwerp dient de aanvrager in dat geval een bijzonder belang bij de rechtsmacht van de Nederlandse rechter aannemelijk te maken. De wens om aan de status van 'onbeheerdheid' een einde te maken, lijkt mij een voldoende bijzonder belang. Op deze wijze wordt voorkomen dat door de beëindiging van de status van 'onbeheerdheid' de schuldenaar weer goederen kan verplaatsen naar een plaats die moeilijk te achterhalen is voor de schuldeisers, alsook dat er een wedren tussen de schuldeisers ontstaat om maar zo snel mogelijk beslag te leggen en de 'grab rule' van Westbrook herleeft. Voor de goede orde vermeld ik nog dat artikel 10.2.1 leden 2 en 3 van het Voorontwerp niet voor deze situatie is geschreven. Op grond van het Voorontwerp kan de buitenlandse curator immers na de erkenning aan de slag binnen Nederland zonder enige vorm van zekerheidstelling dan wel andere formaliteit. De leden 1 en 2 van artikel 10.2.1 zijn dus niet geschreven als remedie voor de situatie dat er wel een andere formaliteit – goedkeuring van de rechter – wordt

104 Cursivering door auteur.

vereist, en deze goedkeuring wordt geweigerd. Als men het echter met mij wenselijk acht dat de buitenlandse curator goedkeuring van de rechter behoeft om goederen uit Nederland te verwijderen en te gelde te maken, kan dit element uit het Voorontwerp goede diensten bewijzen ingeval de rechter die goedkeuring weigert. Ik pleit dus voor een combinatie op dit punt van de Modelwet en het Voorontwerp.

Tot nu toe betrof het de vraag of een nadere toets moet worden ingevoerd in het kader van de verwijdering uit Nederland en de tegeldemaking van goederen. Moet een nadere toets ook mogelijk zijn met betrekking tot andere gevolgen? In dit verband merk ik op dat tot op zekere hoogte de gedachte achter de Modelwet is: ‘act first, think later’, oftewel: begint eer ge bezint. Voorkomen moet worden dat een lang afwegingsproces ertoe leidt dat de buitenlandse insolventieprocedure hier gedurende lange tijd nog geen gevolgen heeft waardoor de schuldenaar goederen kan weghalen. Hem moet worden belet onomkeerbare handelingen te verrichten. Daarom vindt slechts een min of meer summiere toets plaats, die, in geval van toekenning van het verzoek om erkenning, ertoe leidt dat het moratorium dat door de buitenlandse insolventierechter is ingesteld, ook in Nederland werkt. Hieronder zal ik betogen dat in beginsel de *lex concursus* de gevolgen van de insolventieprocedure moet beheersen. Wanneer na de erkenning zou blijken dat de insolventieprocedure naar de *lex concursus* consequenties heeft die de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen onvoldoende beschermen, moet een belanghebbende daartegen op kunnen komen.

Wat wordt er bepaald met betrekking tot andere beslissingen van de buitenlandse rechter dan de beslissing tot opening van de insolventieprocedure? Het Voorontwerp bepaalt in artikel 10.3.4 lid 1 dat beslissingen inzake het verloop en de beëindiging van een erkende insolventieprocedure zonder nadere formaliteiten worden erkend. Dit element kan uit het Voorontwerp worden overgenomen. Vervolgens echter wordt bepaald dat ook een door een buitenlandse rechter bevestigd akkoord in Nederland zonder formaliteiten wordt erkend. Hierbij heb ik twijfel. Een akkoord kan verstrekkende gevolgen hebben voor de schuldeisers. Ik acht het riskant dat een bevestiging daarvan zonder formaliteit ook in Nederland werkt. Het komt mij voor dat de Nederlandse rechter beoordeelt of het akkoord de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen wel voldoende beschermt. Het is een gevolg als bedoeld in artikel 21 lid 1, onderdeel g, van de Modelwet: ‘additional relief’ dat *kan* worden toegekend, geen gevolg dat automatisch uit de erkenning voortvloeit. Ik pleit dan ook ervoor dat de buitenlandse curator hiervoor toestemming aan de Nederlandse rechter vraagt. Voorts wijkt het Voorontwerp af van de Insolventieverordening met betrekking tot de zogenoemde ‘artikel 32-beslissingen’: beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de buitenlandse insolventie en daarop nauw aansluiten. Op bladzijde 198 van de toelichting op het Voorontwerp wordt opgemerkt dat ervan is afgezien te bepalen

dat ook deze gevolgen zonder verdere formaliteiten worden erkend, en dat aansluiting moet worden gezocht bij artikel 431 Rv, zodat tenuitvoerlegging niet mogelijk is behoudens executieverdrag. Zoals gezegd is in het Voorontwerp niet gekozen voor de mogelijkheid dat wordt beoordeeld of een gevolg van een eenmaal erkende buitenlandse insolventieprocedure de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen beschermt. Dat geldt ook voor artikel 32-beslissingen. Het komt mij voor dat het wenselijk is dat aan de Nederlandse rechter om toestemming wordt verzocht om artikel 32-beslissingen hier gevolgen te laten hebben, en dat die toestemming wordt gegeven wanneer de belangen van schuldeisers en andere betrokkenen worden beschermd. Het zijn per slot van rekening wel beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de buitenlandse insolventieprocedure en daarop nauw aansluiten.

De conclusie is dat moet worden onderscheiden tussen enerzijds de wijze waarop de buitenlandse insolventieprocedure tot stand is gekomen en anderzijds de gevolgen die de insolventieprocedure heeft. De enkele toets of de totstandkoming van de beslissing tot opening van de buitenlandse insolventieprocedure niet in strijd is met de openbare orde, is onvoldoende. Ook een buitenlandse insolventieprocedure die is geopend volgens de regelen der kunst kan onwenselijke gevolgen hebben. Daarom moet het mogelijk zijn dat de rechter op verzoek van een belanghebbende die gevolgen kan verhinderen. Daarnaast moet de curator die goederen uit Nederland wil verwijderen, daarvoor toestemming van de rechter hebben. In beide gevallen moet de toetssteen zijn of de belangen van de schuldeisers en andere betrokkenen wel voldoende worden beschermd. Dit element zou uit de Modelwet moeten worden overgenomen. Dat geldt ook voor de bevestiging door de buitenlandse rechter van een akkoord en voor beslissingen die rechtstreeks uit de insolventieprocedure voortvloeien en daarop nauw aansluiten.

TOEPASSELIJK RECHT

Hierboven is reeds opgemerkt dat de Modelwet geen uitdrukkelijke bepaling met betrekking tot het toepasselijke recht bevat, en dat er enige elementen zijn die zouden kunnen worden opgevat als aanwijzingen dat de Modelwet zelf uitgaat van het recht van de erkennende staat, maar dat daar tegenover staat dat de Legislative Guide de aanbeveling bevat om ook de meeste gevolgen naar de *lex concursus* te erkennen. Het Voorontwerp bepaalt in artikel 10.4.1 uitdrukkelijk dat in beginsel het recht van de staat van opening, de *lex concursus*, de gevolgen van de insolventieprocedure beheerst. Welke oplossing heeft de voorkeur? Ik meen dat hier het Voorontwerp duidelijker is. In het Voorontwerp zelf worden regels met betrekking tot toepasselijk recht gegeven. De eenheid van de insolventieprocedure is erbij gebaat dat de gevolgen in elke erkennende staat dezelfde zijn. Bovendien is het efficiënter

dat de curator niet per erkennende staat behoeft te onderzoeken wat voor gevolgen het lokale recht aan zijn insolventieprocedure toekent. Daarvan uitgaande ligt het het meest voor de hand dat het recht van de staat van opening wordt aangewezen als het recht dat de gevolgen van de insolventieprocedure beheerst. Op dit beginsel dienen wel uitzonderingen te worden gemaakt. In het Voorontwerp worden dezelfde uitzonderingen gemaakt als in de Insolventieverordening. Deze uitzonderingen snijden hout. Het verdient de voorkeur de regeling betreffende het toepasselijke recht op dit punt uit het Voorontwerp over te nemen.

De conclusie met betrekking tot het toepasselijke recht is dat de regeling in het Voorontwerp de voorkeur verdient: in beginsel de *lex concursus*, met daarop bepaalde uitzonderingen.

VOORONTWERP OF UNCITRAL-MODELWET?

Veder pleit in de feestbundel voor Bob Wessels voor het overnemen van het Voorontwerp, onder het kopje ‘A better proposal for the Netherlands: Chapter 10 of the Voorontwerp Insolventiewet’.¹⁰⁵ Indien hij bedoelt dat het Voorontwerp een betere oplossing is dan de huidige situatie waarin een wettelijke regeling ontbreekt, ben ik het in zoverre met hem eens dat een wettelijke regeling beter is dan geen wettelijke regeling. Indien hij bedoelt dat het Voorontwerp een betere oplossing is dan het overnemen van de Insolventieverordening voor verhoudingen met derde landen, ben ik het in zoverre met hem eens dat de Insolventieverordening daarvoor niet geschikt is. Voor zover hij bedoelt dat het Voorontwerp een betere regeling dan de Modelwet is, merk ik het volgende op. Veder gaat in de hier bedoelde bijdrage niet in op de omstandigheid dat de Modelwet waarborgen bevat die het Voorontwerp niet bevat, in het bijzonder de toestemming van de rechter voor tegeldemaking van Nederlandse activa en overbrenging van opbrengst naar het buitenland, en de toets of aan de belangen van schuldeisers en de schuldenaar recht is gedaan. Nu een bespreking van die waarborgen achterwege is gebleven, overtuigt deze bijdrage mij dan ook niet ervan dat het Voorontwerp de voorkeur zou verdienen boven de Modelwet. Voorts bespreekt Veder dat de regels betreffende het toepasselijke recht in het Voorontwerp aansluiten bij de Insolventieverordening. Zoals gezegd worden in de Legislative Guide uit 2005 (die Veder niet bespreekt) aanbevelingen gedaan met betrekking tot de toepassing van de Modelwet, zodat het Voorontwerp en de Modelwet elkaar op dit punt zijn genaderd. Het aspect van het toepasselijke recht kan dan ook evenmin een argument zijn om te betogen dat het Voorontwerp een *better proposal* zou zijn dan de Modelwet. Echter, nogmaals, misschien beoogde Veder helemaal niet te zeggen dat het Voorontwerp een *better proposal* is dan de

105 P.M. Veder, ‘Bob’s “Unvollendete”?’, in: B. van Santen en D. van Offeren (red.), *Perspectives on international insolvency law: a tribute to Bob Wessels*, Deventer: Kluwer 2014, p. 140-151, i.h.b. p. 148-150.

Modelwet, maar wel beter dan de huidige rechtspraak en ook beter dan de Insolventieverordening. Dat ben ik op zich met hem eens. Zoals uit het voorgaande al blijkt, zou ik evenwel niet willen kiezen voor hetzij de Modelwet hetzij het Voorontwerp, maar uit beide teksten het beste willen overnemen. Ik herhaal dat de Uncitral Modelwet en het Voorontwerp niet uitgaan van twee diametraal tegenover elkaar staande filosofieën. 'Uit beide teksten het beste overnemen' komt dan ook erop neer dat de uiteindelijk te kiezen wettelijke regeling voor het leeuwendeel bestaat uit een overlap van beide teksten, aangevuld met enkele elementen die alleen in de Uncitral Modelwet staan, en met enkele elementen die alleen in het Voorontwerp staan.

TWEEDE INTERMEZZO: NIET-ERKENNING INSOLVENTIEPROCEDURE YUKOS

Het verdient dus de voorkeur dat erkenning alleen op verzoek in een daarvoor bestemde procedure kan plaatsvinden. Voor een volledig beeld is wel zo juist om zich af te vragen hoe een dergelijke procedure in de *Yukos*-zaak had uitgepakt. De Russische rechter had de insolventieprocedure geopend op 1 augustus 2006. Op welke datum precies aan de Rechtbank Amsterdam is gevraagd het ontslag door de Russische curator van de bestuurders van de Nederlandse vennootschap nietig te verklaren is mij niet bekend, maar het zal in het derde kwartaal van 2006 zijn geweest. In die procedure is het verweer gevoerd dat de insolventieprocedure niet in Nederland moet worden erkend. In mei 2017, maar liefst bijna 11 jaar later, heeft het Hof Amsterdam beslist dat de insolventieprocedure niet wordt erkend. Ik weet niet of daartegen cassatieberoep is ingesteld, maar wanneer dat het geval is, kan de definitieve beslissing over de erkenning nog wel even op zich laten wachten. Hierboven noemde ik al Lennarts, die in 2011 al meende dat het te lang duurde voordat er duidelijkheid kwam over het antwoord op de vraag of de Russische insolventieprocedure waaraan *Yukos* is onderworpen hier moet worden erkend. Zou met een nieuwe procedure voor erkenning, zoals die in de artikelen 10.3.1 en 10.3.2 van het Voorontwerp, die duidelijkheid zo veel eerder zijn verkregen? In artikel 10.3.1 lid 1 van het Voorontwerp wordt artikel 987 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van overeenkomstige toepassing verklaard; op grond van laatstgenoemd artikel moet de rechtbank met 'bekwame spoed' haar beslissing geven. In artikel 10.3.1 lid 3 van het Voorontwerp wordt artikel 2.2.7 van het Voorontwerp van overeenkomstige toepassing verklaard. Op grond van artikel 2.2.7 moet de rechtbank het verzoek met de 'meeste' spoed behandelen. Hoeveel tijd gaat er overheen wanneer met 'de meeste spoed' en 'bekwame spoed' wordt gehandeld in een geval als *Yukos* waarin de feitelijke gang van zaken voorafgaand aan de opening van de Russische insolventieprocedure van dien aard was dat de voorzieningenrechter het kort geding niet geschikt achtte voor een onderzoek daarnaar? De enkele erkenningsregeling laat onverlet dat het onderzoek of de feiten al dan niet strijd met de Nederlandse openbare orde opleveren zeer lang kan duren.

Laten we voor de gedachtevorming van de hypothese ervan uitgaan dat de uitspraak van het Hof Amsterdam onherroepelijk is. Dan is het hoogst onbevredigend dat de curator inmiddels wel bestuurders heeft ontslagen en vermogensbestanddelen heeft verkocht nu hij daartoe, in deze hypothese, achteraf niet bevoegd blijkt te zijn geweest. De wetgever staat hier voor een keuze. Moet, zolang nog niet vaststaat of de insolventieprocedure wordt erkend, de curator worden toegestaan handelingen te verrichten met het risico dat deze

later moeten worden teruggedraaid, zo dat al mogelijk is, of moet dat de curator niet worden toegestaan, met bijvoorbeeld het risico dat activa verloren gaan of in waarde dalen en later blijkt dat de curator toch bevoegd was om de desbetreffende handelingen te verrichten?

Hierboven, in paragraaf 3.2.4, heb ik reeds gewezen op artikel 19 van de Uncitral Modelwet. Dat artikel bepaalt met zoveel woorden dat in de tijd tussen het verzoek om erkenning en de beslissing op dat verzoek, de rechter op verzoek van de buitenlandse curator 'relief of provisional nature' kan toestaan. Los van het antwoord op de vraag of weigering om de Russische insolventieprocedure te erkennen de uiteindelijke beslissing is, toont de *Yukos*-zaak mijns inziens aan dat behoefte bestaat aan een artikel 19 van de Uncitral Modelwet. Het is goed dat een curator die in Nederland bevoegdheden wil uitoefenen die hij ontleent aan de insolventieprocedure voordat is beslist op het verzoek om erkenning, daarvoor toestemming nodig heeft. De rechter geeft toestemming indien dat dringend nodig is voor de bescherming van de in Nederland gelegen vermogensbestanddelen of indien hij ervan overtuigd is dat de belangen van de schuldeisers en andere belanghebbenden voldoende zijn beschermd. De Uncitral Modelwet bepaalt niet dat de rechter bij het al dan niet geven van toestemming een inschatting maakt van de mate van waarschijnlijkheid dat de insolventieprocedure uiteindelijk zal worden erkend.

Heeft de rechter toestemming voor bepaalde handelingen gegeven, dan moet dat niet verhinderen dat die handelingen moeten worden teruggedraaid wanneer het uiteindelijke oordeel is dat de insolventieprocedure niet wordt erkend. Ook hier zou de mogelijkheid moeten worden geïntroduceerd dat de rechter aan de toestemming voorwaarden verbindt, juist met het oog op de mogelijkheid dat de insolventieprocedure uiteindelijk niet wordt erkend en de handelingen waarvoor toestemming is verleend moeten worden teruggedraaid.

Een en ander behoeft overigens niet te betekenen dat de curator voor elke handeling afzonderlijk toestemming behoeft. Denkbaar is dat de rechter op verzoek toestemming geeft voor een bepaalde categorie handelingen.

Een verzoek om erkenning van een buitenlandse insolventieprocedure zou moeten worden opgenomen in het Centraal Insolventieregister. Wanneer de rechter op verzoek van de buitenlandse curator toestemming heeft verleend voor de uitoefening door die curator van bepaalde bevoegdheden, of ander 'additional relief' heeft verleend, zoals het verlies van beschikkingsbevoegdheid door de schuldenaar of de onmogelijkheid voor schuldeisers om zich langer individueel te verhalen op in Nederland gelegen vermogensbestanddelen, zou ook dat in het Centraal Insolventieregister moeten worden opgenomen. Hierboven stipte ik reeds aan dat een notaris een akte had verleend voordat vaststond dat de buitenlandse insolventieprocedure was erkend, en dat hij daarvoor was berispt.¹⁰⁶ Dergelijke problemen kunnen worden voorkomen indien bedoelde gegevens in het Centraal

106 Zie hierboven, noot 74.

Insolventieregister worden opgenomen. Wanneer in het Centraal Insolventieregister wel is opgenomen dat een verzoek om erkenning van de buitenlandse insolventieprocedure is gedaan, maar niet dat bijvoorbeeld de rechter toestemming heeft gegeven dat de curator hier al bevoegdheden kan uitoefenen, zal de notaris de akte niet mogen verlenen.

CONCLUSIE

Samenvattend kan worden gezegd dat het de voorkeur verdient de grootste gemene deler van de Modelwet (m) en het Voorontwerp (v) over te nemen, op sommige punten aangevuld met elementen van de Modelwet, op sommige andere punten aangevuld met elementen van het Voorontwerp:

- Erkenning van een buitenlandse procedure is alleen mogelijk op verzoek (m/v).
- Dat verzoek kan worden gedaan door de buitenlandse curator (m/v), alsook ook door de schuldenaar of een schuldeiser (v).
- Tussen het tijdstip waarop het verzoek om erkenning is gedaan en het tijdstip waarop op dat verzoek is beslist, kunnen slechts dan gevolgen aan de buitenlandse procedure worden toegekend indien de rechter daarvoor op verzoek van de curator toestemming heeft gegeven (m). Toestemming wordt slechts gegeven voor iets dat dringend nodig is ter bescherming van de boedel of de belangen van de schuldeisers, en indien de rechter ervan overtuigd is en dat de belangen van belanghebbenden, inclusief de schuldenaar, voldoende zijn beschermd (m).
- De gevolgen van de erkenning worden beheerst door het recht van de staat waar de procedure is geopend, met dezelfde uitzonderingen als die in de Insolventieverordening (v).
- Voor de tegeldemaking van in Nederland gelegen vermogensbestanddelen en overbrenging van de opbrengst naar het buitenland is toestemming van de rechter nodig (m);
 - de rechter kan voorwaarden verbinden aan de toestemming (m);
 - wanneer de rechter toestemming weigert, kan een territoriale procedure worden geopend, ook wanneer in Nederland geen vestiging is (\approx v);
- Erkenning van een door een buitenlandse rechter bevestigd akkoord is alleen mogelijk op verzoek van de buitenlandse curator, de schuldenaar of een schuldeiser (\approx m).
- Erkenning van beslissingen die rechtstreeks voortvloeien uit de buitenlandse insolventie en daarop nauw aansluiten kunnen worden erkend op verzoek van de buitenlandse curator, de schuldenaar of een schuldeiser (m/v).
- De rechter kan de gevolgen ambtshalve of van rechtswege beëindigen of wijzigen indien hij niet ervan overtuigd is dat voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de schuldeisers of de schuldenaar (m).