

Tvl 2015/48: Werking van een Nederlands faillissement in Zwitserland: eindelijk erkenning!

Instantie:	Schweizerisches Bundesgericht	Datum:	27 maart 2015
Magistraten:	-	Zaaknr:	5a_248/2014
Conclusie:	-		
Noot:	F.H. van der Beek ^[1]	Roepnaam:	-
Brondocumenten:	Uitspraak, Schweizerisches Bundesgericht, 27-03-2015		
Brondocument:	Schweizerisches Bundesgericht, 27-03-2015, nr. 5a, 248/2014		

Essentie

Werking van een Nederlands faillissement in Zwitserland: eindelijk erkenning!

Samenvatting

Deze zaak betreft de erkenning van een in Nederland uitgesproken faillissement in Zwitserland. Tot voor kort oordeelden Zwitserse rechters dat een in Nederland uitgesproken faillissement in Zwitserland niet voor erkenning in aanmerking komt, omdat geen sprake zou zijn van reciprociteit (of: wederkerigheid) als bedoeld in art. 166 lid 1 sub c IPRG. Curatoren in een Nederlands faillissement dreigden hierdoor achter het net te vissen ten aanzien van in Zwitserland gelegen vermogensbestanddelen van de Nederlandse failliet. Met de onderhavige uitspraak is hierin verandering gekomen: het Bundesgericht oordeelt dat wel degelijk is voldaan aan het reciprociteitsvereiste. Hiermee staat de weg voor Nederlandse curatoren open om in Zwitserland met succes erkenning te vragen van een Nederlands faillissement.

Uitspraak

Feiten^[2]

In 2012 is aan het Zwitserse bedrijf Petroplus Marketing AG (“**Petroplus Marketing**”) uitstel van betaling verleend (*Nachlassstundung*). De Nederlandse vennootschap Petroplus International B.V. (“**Petroplus International**”) is de aandeelhouder van Petroplus Marketing. Op 9 mei 2012 dient Petroplus International een vordering in bij de bewindvoerder (*Sachwalter*) van Petroplus Marketing ter hoogte van CHF 1.355.147.427. Volgens het verslag van de bewindvoerder van Petroplus Marketing van 7 september 2012 is de vordering voor een bedrag van CHF 1.167.392.680 voorlopig erkend en voor een bedrag van CHF 187.754.747 betwist.

Op 6 augustus 2012 verklaart de rechtbank Rotterdam Petroplus International failliet met benoeming van mr. Hamm tot curator (“**Curator**”).

Petroplus Marketing komt vervolgens een overeenkomst toterschikking van haar schulden (*Nachlassvertrag*) overeen met haar schuldeisers. Het Kantonsgericht Zug bevestigt (*bestätigt*) deze overeenkomst bij vonnis van 18 februari 2013. Voor het geval het betwiste deel van de vordering van Petroplus International te zijner tijd niet op de uitdelingslijst wordt geplaatst, is de Curator voornemens deze beslissing via een zogenoemde collocatieprocedure te laten aanvechten (*Kollokationsklage*).

Teneinde de hiervoor bedoelde collocatieprocedure te kunnen (laten) voeren ten behoeve van (de gezamenlijke schuldeisers van) Petroplus International, verzoekt de Curator de Zwitserse rechter het faillissement van Petroplus International te erkennen.

Procedure bij Kantonsgericht en Obergericht

Op 13 september 2013 verzoekt de Curator het Kantonsgericht in Zug (Zwitserland) om erkenning van het faillissement van Petroplus International in Zwitserland. Het Kantonsgericht wijst het verzoek op 8 oktober 2013 af. De Curator tekent hiertegen bezwaar aan bij het Obergericht in Zug. Het Obergericht wijst dit bezwaar bij vonnis van 18 februari 2014 af.

Procedure bij Bundesgericht

Op 24 maart 2014 dient de Curator een klacht (*Beschwerde in Zivilsachen*) in bij het Bundesgericht. De Curator vordert – vrij vertaald – (i) intrekking van het vonnis van het Obergericht; (ii) erkenning van het Nederlandse faillissement van Petroplus International in Zwitserland en daarop volgend (iii) de opening van een territoriaal faillissement (*Partikularkonkurs*) in de zin van art. 170 IPRG in Zwitserland met betrekking tot de in Zwitserland gelegen vermogensbestanddelen van Petroplus International.

De vraag die voorligt aan het Bundesgericht is of in deze specifieke casus sprake is van (de voor erkenning vereiste) reciprociteit als bedoeld in art. 166 lid 1 sub c IPRG. Het Bundesgericht oordeelt dat dit inderdaad het geval is en wijst de zaak terug naar het Obergericht in Zug.

Noot

Inleiding

De mogelijkheden voor een curator in een Nederlands faillissement die in Zwitserland gelokaliseerde vermogensbestanddelen van de failliet te gelde wenst te maken zijn (zeer) beperkt. De Nederlandse curator kan deze vermogensbestanddelen niet zelf te gelde maken, maar dient hiertoe eerst erkenning te vragen van het Nederlandse faillissement in Zwitserland.^[3] Is het in Nederland uitgesproken faillissement eenmaal erkend, dan kan de Nederlandse curator vervolgens een verzoek indienen voor de opening van een territoriaal faillissement, ook wel 'Partikularkonkurs' of 'Mini-konkurs' genoemd.^[4] Het territoriale faillissement wordt vervolgens door het Zwitserse faillissementsbureau (*Konkursamt*) conform het Zwitserse faillissementsrecht afgewikkeld. De Nederlandse curator heeft in de Zwitserse insolventieprocedure geen bevoegdheden.^[5] Bij de verdeling van het actief^[6] worden bevoorrechte schuldeisers met woonplaats in Zwitserland als eerste voldaan. Het surplus wordt vervolgens aan de buitenlandse curator uitgekeerd, maar pas nadat de Zwitserse rechter de uitdelingslijst heeft goedgekeurd.^[7]

Als het aan het Kantonsgericht en Obergericht van Zug had gelegen, was de Curator van Petroplus International niet eens toegekomen aan het verzoek om de opening van een territoriale procedure in Zwitserland: de zaak liep al vast bij het verzoek om erkenning van het Nederlandse faillissement van Petroplus International in Zwitserland. Het Kantonsgericht en het Obergericht oordeelden namelijk dat geen sprake is van (de voor erkenning vereiste) reciprociteit. Het Obergericht oordeelde echter dat er wel degelijk sprake is van reciprociteit en heeft hiermee de weg naar de territoriale procedure alsnog opengesteld.

Vereisten voor erkenning van een Nederlands faillissement in Zwitserland

Voor de erkenning van een buitenlands faillissement in Zwitserland is vereist dat:

1. het faillissement is uitgesproken in de staat waarin de failliet zijn of haar woonplaats heeft;
2. het vonnis in de staat waarin het is geweest uitvoerbaar is;
3. het vonnis niet in strijd is met Zwitserse openbare orde;
4. de failliet vermogensbestanddelen heeft die gelokaliseerd zijn in Zwitserland en;
5. er reciprociteit is.^[8]

Reciprociteit

Met reciprociteit wordt bedoeld dat een andere staat een Zwitsers faillissementsvonnis op zijn grondgebied op gelijke voorwaarden erkent en ten uitvoer legt.^[9]

Tot de onderhavige zaak was de heersende leer in Zwitserland dat Nederland de effecten van een buitenlands faillissement *niet* op een vergelijkbare wijze erkent als Zwitserland en dat er (dus) geen sprake is van reciprociteit.^[10] Met de onderhavige uitspraak is dit standpunt verlaten. Dit kan als volgt worden toegelicht.

Oordeel van het Bundesgericht met betrekking tot reciprociteit

Het Bundesgericht stelt voorop dat volgens de Zwitserse federaal-gerechtelijke rechtspraak reciprociteit gegeven is wanneer het recht van de andere staat de effecten van een buitenlands faillissement op een vergelijkbare – niet strikt identieke – wijze erkent. Het is volgens het Bundesgericht niet nodig dat omgekeerd een Zwitserse faillietverklaring in ieder geval zou worden erkend: voldoende is wanneer het buitenlandse recht onder dezelfde omstandigheden een Zwitsers vonnis erkent op voorwaarden die niet wezenlijk slechter zijn dan die het Zwitserse recht voor de erkenning van een buitenlands vonnis stelt. [\[11.\]](#)

Volgens het Bundesgericht moet het voorgaande tegen de achtergrond worden gelezen dat de verscheidenheid aan normen groot is. Om die reden is het voldoende dat de buitenlandse staat ten aanzien van Zwitserse faillissementen een rechtshulpprocedure aanbiedt die in materiële zin min of meer overeenkomt met de procedure van art. 166 lid 1 sub c IPRG. [\[12.\]](#) Niet nodig is dat de buitenlandse staat het universaliteitsprincipe [\[13.\]](#) aanvaardt of een formele secundaire procedure ter beschikking stelt. Ook een andersoortig concept kan wat betreft resultaat volstrekt gelijkwaardig zijn aan het Zwitserse recht, bijvoorbeeld indien aan de buitenlandse curator zonder formele erkenning van een faillietverklaring de bevoegdheid toekomt klachten in te dienen of executoriale maatregelen te treffen of de buitenlandse curator zelfs direct toegang tot de binnenlandse vermogensbestanddelen van de buitenlandse failliet wordt verleend. Het Bundesgericht plaatst een en ander ten slotte tegen de achtergrond dat zich in Europa een zichtbare tendens tot versoepeling van het vereiste van reciprociteit voordoet. Het Bundesgericht wijst in dit kader specifiek op de bevoegdheid van de FINMA [\[14.\]](#) om buitenlandse faillissementen onder bepaalde voorwaarden te erkennen zonder dat sprake is van reciprociteit. [\[15.\]](#) De FINMA heeft in de zaak van Van der Moolen Effectenspecialist B.V. van deze bevoegdheid gebruikgemaakt. [\[16.\]](#)

Het Bundesgericht constateert vervolgens dat een buitenlandse faillietverklaring in Nederland niet tot een algemeen faillissementbeslag leidt. [\[17.\]](#) Dit leidt – aldus wederom het Bundesgericht – ertoe dat rekening gehouden dient te worden met reeds gevestigde beslagen van andere schuldeisers. Het Kantonsgericht en het Obergericht van Zug leidden hieruit af dat het Nederlandse systeem leidt tot een concurrentiestrijd tussen schuldeisers, waardoor de bevrediging van de Zwitserse schuldeisers van het toeval afhankelijk is. Mede hierom zou geen sprake zijn van reciprociteit in de zin van art. 166 lid sub c IPRG. [\[18.\]](#) Het Bundesgericht oordeelt hier anders over.

Het Bundesgericht stelt vast dat het enkele feit dat rekening gehouden dient te worden met reeds gevestigde beslagen nog niet ertoe leidt dat de rechtshulp die het Nederlandse internationale insolventierecht biedt, bij voorbaat kwalitatief niet gelijkwaardig zou zijn aan het Zwitserse internationale insolventierecht. Het Bundesgericht wijst in dit kader erop dat een buitenlandse curator – anders dan in Zwitserland het geval is – direct toegang heeft tot de Nederlandse rechter en executiemaatregelen kan treffen. Bovendien kan een buitenlandse curator in Nederland direct de in Nederland gelokaliseerde vermogensbestanddelen van de buitenlandse failliet aanspreken. Dit laatste geldt volgens het Bundesgericht zelfs als op die vermogensbestanddelen al beslag is gelegd door andere schuldeisers, ware het dat de desbetreffende schuldeisers dan wel eerst gecompenseerd dienen te worden. Hiermee erkent het Nederlandse internationale insolventierecht tot op zekere hoogte het universaliteitsprincipe, dat het Zwitserse internationale

[\[19.\]](#)

insolventierecht nog altijd ontbeert.^[19.]

Naar het oordeel van het Bundesgericht kan het Nederlandse concept, ook al verschilt dit inhoudelijk van het Zwitserse concept, in kwalitatief opzicht als gelijkwaardig worden aangemerkt. In zekere zin biedt het Nederlandse internationale insolventierecht recht volgens het Bundesgericht zelfs een veel beter resultaat dan het Zwitserse internationale insolventierecht: in Zwitserland moet immers erkenning worden gevraagd van het buitenlandse faillissement. Vervolgens moet de curator in het buitenlandse faillissement alle procedurele stappen uit handen geven, doordat een secundaire procedure wordt gestart welke door het Zwitserse faillissementsbureau wordt afgewikkeld en waarin bevoorrechte, in Zwitserland woonachtige schuldeisers met voorrang een uitdeling ontvangen. Voor de buitenlandse curator blijft na goedkeuring van de uitdelingslijst door de Zwitserse rechter slechts een eventueel overschot over.^[20.]

Het Bundesgericht wijst in het kader van het voorgaande nog op het Yukos II arrest.^[21.] In dit arrest oordeelde de Hoge Raad kort gezegd dat een buitenlandse curator de zich in Nederland bevindende vermogensbestanddelen van de failliet – met respectering van de daarop inmiddels gelegde beslagen – ten bate van de betrokken medeschuldeisers te gelde kan maken. Hierdoor doet zich volgens het Bundesgericht ten aanzien van de zich in Nederland bevindende vermogensbestanddelen van de buitenlandse gefailleerde in ieder geval wat betreft resultaat zoiets als een beslageffect voor. Het Bundesgericht wijst ten overvloede nog erop dat dit geen absoluut vereiste is voor aanvaarding van reciprociteit als bedoeld in art. 166 lid 1 sub c IPRG.

Het Bundesgericht merkt ten slotte nog op dat het verzoek om erkenning in de onderhavige zaak is gedaan met het oog op het eventueel starten van een collocatieprocedure. In Nederland is de buitenlandse curator hoe dan ook gerechtigd zich tot de rechter te wenden. Het zou volgens het Bundesgericht misplaatst zijn wanneer een – door de Zwitserse curatoren in een territoriaal faillissement te starten – procedure stuk zou lopen op bovenmatige eisen ten aanzien van de erkenning van een Nederlands faillissement in Zwitserland.^[22.]

Belang voor de praktijk

Voor curatoren in een Nederlands faillissement waarbij zich vermogensbestanddelen van de failliet in Zwitserland bevinden is de onderhavige uitspraak van groot belang. Voorheen dienden curatoren die in hun boedel vermogensbestanddelen aantreffen die zich in Zwitserland bevonden, hun toevlucht te nemen tot (schijn)constructies om de desbetreffende vermogensbestanddelen te gelde te maken. Een van die constructies is de verkoop van in Zwitserland gelokaliseerde vermogensbestanddelen door de curator aan een derde partij, waarna deze derde partij de desbetreffende vermogensbestanddelen zelfstandig te gelde maakt in Zwitserland. Deze constructies werden door lagere Zwitserse rechters oogluikend toegestaan. Het risico dat de Zwitserse rechter zou oordelen dat sprake is van misbruik van recht, lag bij dit soort constructies echter altijd op de loer.

Het Bundesgericht heeft zich tot op heden overigens nooit over dergelijke constructies uitgelaten.^[23.] Nu voor de curator in een Nederlands faillissement de koninklijke weg van het vragen van erkenning openstaat, lijkt het echter niet onaannemelijk dat Zwitserse rechters alternatieve routes om in Zwitserland gelegen vermogensbestanddelen te gelde te maken in de toekomst extra kritisch

zullen beoordelen.

Dit maakt dat curatoren in een Nederlands faillissement in voorkomende gevallen weinig anders rest dan erkenning te vragen van het Nederlandse faillissement in Zwitserland en vervolgens te verzoeken om het openen van een territoriale procedure. Dit heeft evident bepaalde voordelen, maar er zitten ook bepaalde nadelen aan. Zo brengt de formele route de nodige tijd en kosten met zich. Bovendien zal op voorhand niet altijd duidelijk zijn of aan het eind van de rit een overschot voor curator in het Nederlandse faillissement resteert, mede omdat bevoorrechte Zwitserse schuldeisers onder omstandigheden voorgaan. 'Eigen' acties van de Nederlandse curator in Zwitserland zijn daarnaast nog altijd uitgesloten: hij moet alles overlaten aan zijn Zwitserse collega.

Alles overziend heeft het Bundesgericht misschien wel gelijk in de stelling dat het Nederlandse internationale insolventierecht een veel beter resultaat biedt dan het Zwitserse internationale insolventierecht. Zo bezien is het de vraag waarom de onderhavige uitspraak zo lang op zich heeft doen wachten.

Tot slot: de onderhavige uitspraak ziet alleen op de vereiste reciprociteit. Na deze uitspraak kunnen we er genoegzaam vanuit gaan dat aan dit specifieke vereiste voor erkenning van Nederlandse faillissementen in Zwitserland is voldaan.^[24] Uiteraard moet voor een succesvol verzoek om erkenning ook aan de overige vereisten van art. 166 lid 1 sub c IPRG zijn voldaan.

Voetnoten "Uitspraak"

[2.] Voor de volledige tekst van de uitspraak (in het Duits) zie *JOR* 2015/219, m.nt. Wessels.

Voetnoten "Noot"

- [1.] Gelieve dit artikel aan te halen als: F.H. van der Beek, 'Werking van een Nederlands faillissement in Zwitserland: eindelijk erkenning!', *Tvl* 2015/48. Mr. F.H. van der Beek is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.
- [3.] Zie art. 166 lid 1 sub c IPRG. De erkenningsregeling uit het Zwitserse IPR is specifiek van toepassing op gevallen waarin de schuldenaar geen woonplaats, doch wel vermogensbestanddelen heeft in Zwitserland. Heeft schuldenaar *wel* een woonplaats in Zwitserland, dan staat onder omstandigheden ook de weg van een 'gewoon' Zwitsers faillissement open. Zie hierover onder meer: Van Galen en Van Apeldoorn, 'Grensoverschrijdende aspecten van insolventieprocedures buiten verdrag' in *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, 3, Deventer: Kluwer, 1998, p. 51.
- [4.] Zie art. 170 IPRG.
- [5.] Een buitenlandse curator kan in Zwitserland geen eigen acties ondernemen, vergelijk BGE 135 III 40 E. 2.5.1, p. 44; 139 III 236 E. 4.2, p. 238.
- [6.] Te weten de in Zwitserland gelocaliseerde vermogensbestanddelen van de Nederlandse failliet.
- [7.] Zie art. 172 en 173 IPRG. In het kader van de goedkeuring van de uitdelingslijst beoordeelt de Zwitserse rechter onder meer hoe de niet-preferente schuldeisers met woonplaats in Zwitserland in het buitenlandse faillissement behandeld worden. De Zwitserse schuldeisers hebben het recht gehoord te worden. Zie ook Preadvies (Van Galen en Van Apeldoorn) a.w., p. 53.
- [8.] Zie art. 166 lid 1 sub c IPRG.
- [9.] Aldus Preadvies (Van Galen en Van Apeldoorn) a.w., p. 52.
- [10.] Zie onder meer Staehelin, *Die Anerkennung ausländischer Konkurse and Nachlassverträge in der Schweiz*, Diss. Bazel 1989, p. 69.
- [11.] Zie paragraaf 4 van de uitspraak van het Bundesgericht: "*Die Bundesgerichtliche Rechtsprechung legt diese Norm dahingehend aus, dass das Erfordernis in einem weiten Sinn zu verstehen und Gegenseitigkeit gegeben ist, wenn das Recht des betreffenden Staates die Wirkungen eines ausländischen Konkurses in ähnlicher – nicht strikt identischer – Weise anerkennt; Es ist mit anderen Worten nicht nötig, dass umgekehrt ein schweizerisches Konkurserkennnis in jedem fall anerkannt würde, sondern es reicht, wenn das ausländische Recht unter den gleichen Umständen ein schweizerisches*

Erkenntnis zu Bedingungen anerkennt, die nicht wesentlich schlechter sind als diejenigen, welche das schweizerische Recht für die Anerkennung eines ausländischen Erkenntnisses aufstellt (BGE 126 III 101 E.2d S. 105 f.; 137 III 517 E. 3.2 S. 519)."

- [12.] Zie paragraaf 4 van de uitspraak van het Bundesgericht en de verwijzing naar Staehelin (Diss.) a.w., p. 69.
- [13.] Zwitserland huldigt universele werking van een in Zwitserland uitgesproken faillissement. Het Zwitserse faillissement omvat met andere woorden ook de vermogensbestanddelen van de failliet die zich in het buitenland bevinden. Zie onder meer Preadvis (Van Galen en Van Apeldoorn) a.w., p. 50.
- [14.] Swiss Financial Market Supervisory Authority.
- [15.] Zie de laatste alinea van paragraaf 4 van de uitspraak van het Bundesgericht, waarin het Bundesgericht onder meer verwijst naar art. 10 lid 2 Bankeninsolvenzverordnung.
- [16.] Zie prof. mr. B. Wessels in *JOR* 2015/219 en de verwijzing aldaar naar de uitspraak van 8 november 2011 en het commentaar hierbij op www.bobwessels.nl, blog Archive 2006-2013, onder 2012-05-doc3.
- [17.] Zie paragraaf 5 van de uitspraak van het Bundesgericht.
- [18.] Zie paragraaf 5 van de uitspraak van het Bundesgericht.
- [19.] Let wel: ten aanzien van in Zwitserland uitgesproken faillissementen hanteert Zwitserland wel degelijk het universaliteitsprincipe. Zie paragraaf 4 van de uitspraak van het Bundesgericht en de verwijzing naar Staehelin (Diss.) a.w., p. 69. Voor in het buitenland uitgesproken faillissementen geldt dit echter niet.
- [20.] Zie alinea 5 van de uitspraak van het Bundesgericht.
- [21.] HR 13 september 2013, *JOR* 2014/50, m.nt. Bertrams (Yukos).
- [22.] Zie paragraaf 5, laatste alinea van de uitspraak van het Bundesgericht.
- [23.] Voor zover ik heb kunnen nagaan.
- [24.] Sinds de onderhavige uitspraak van het Bundesgericht zijn er ten minste twee Nederlandse faillissementen in Zwitserland erkend, te weten het faillissement van Petroplus International in juni 2015 en het faillissement van Rolsa N.V. in augustus 2015.