

Oekraïne: vreemd recht en arbitrage in aandeel- houdersovereenkomsten in de ban?

Eind december 2007 had het Presidium van het Handelsrechtshof in Kiev een verrassing voor de juridische praktijk in petto: het presenteerde de Aanbevelingen betreffende de toepassing van wetgeving bij aandeelhoudersgeschillen. De Aanbevelingen zijn gepubliceerd in februari 2008.

De Aanbevelingen bevatten grotendeels nuttige bepalingen. Gedurende een geruime periode bleek de wetgevende macht niet in staat gebreken in de bestaande wetgeving te repareren of lacunes op te vullen: als belangrijkste bezwaar werd in Oekraïne gevoeld, dat het grote - veelal buitenlandse - investeerders vrijstond belangrijke deelnemingen te verwerven in Oekraïense vennootschappen; de roep om een zekere bescherming werd steeds luider. Deze discussie wordt trouwens grensoverstijgend gevoerd.

In ieder geval heeft het Presidium daarom zelf het initiatief genomen oplossingen aan te dragen voor in de praktijk gerezen problemen naar aanleiding van lacuneuze wetgeving. Het is trouwens niet zo, dat Oekraïne geen scheiding der machten kent en de rechterlijke macht daarom naar believen wettelijke of semi-wettelijke regelingen kan introduceren. De Aanbevelingen dragen daarom geenszins een wettelijk karakter, maar dienen te worden verstaan als werkafspraken binnen het justitieel apparaat en als een toelichting op veel voorko-

mende statutaire bepalingen in akten van rechtspersonen.

Om te kunnen begrijpen wat er speelt is het goed kort terug te kijken op het verleden. Van oudsher (Sovjet-Unie) worden zaken als arbitrage, rechtskeuze en andere wettelijke concepties die partijautonomie bevorderen en het staatsgezag mogelijk ondermijnen op afstand gehouden. Weliswaar is na het uiteenvallen van de Sovjet-Unie meer westerse regelgeving ingevoerd, die de genoemde concepties uitwerken, maar de geest van vroeger heerst in dit opzicht nog in menige rechtbank. Wat in menig westers land aan de wens van partijen wordt overgelaten, geldt in de post-sovjet-structuren als het staatsbelang betreffend.

Zoals gezegd, heeft deze Aanbeveling betrekking op aandeelhoudersrelaties in Oekraïense ondernemingen. Artikel 6 van de Aanbeveling bepaalt dat aandeelhoudersovereenkomsten die door een vreemd recht worden beheerst nietig zijn om redenen van openbare orde. Bovendien is geregeld dat overeenkomsten waarin buitenlandse arbitrage voor de beslechting van geschillen tussen aandeelhouders is overeengekomen, in het bijzonder over zaken corporate governance betreffen, ontoelaatbaar zijn.

Eerder was onder buitenlandse investeerders een praktijk ontstaan waarbij het gebruikelijk was om voor onder andere aandeelhoudersovereenkomsten

in Oekraïne te contracteren met toepasselijk verklaring van een buitenlands westers recht en daarnaast buitenlandse arbitragecolleges te belasten met de geschillenbeslechting. Zodoende konden men met een vertrouwd recht werken met gebruikmaking van bekende arbiters en bekende procedures.

Indien de nu gepubliceerde Aanbeveling wordt opgevolgd door de Oekraïense rechtbanken, worden daarmee de belangen van buitenlandse investeerders geschaad en wordt inbreuk gemaakt op de reputatie die Oekraïne geniet als land met een vriendelijk investeringsklimaat.

De gewraakte Aanbeveling maakt trouwens niet duidelijk waarom toepasselijkheid van een buitenlands recht persé strijdig is met de openbare orde. Immers, volgens het hoogste rechtscollege in Oekraïne zien gezichtspunten van openbare orde op zaken als onafhankelijkheid, integriteit en vrijheid. Niet valt in te zien waar een en ander klemmt.

Er bestond reeds een regeling die erin voorzag dat niet voor alle vormen van geschillenbeslechting arbitrage toelaatbaar was, maar dit verbod was niet van toepassing op ondernemingsrechtelijke geschillen. Dit type van geschillen valt binnen de competentie van de handelsrechtbanken waarvoor als alternatief arbitrage steeds toelaatbaar was.

De Aanbeveling heeft formeel geen juridisch bindend karakter want zij is

niet dwingendrechtelijk van aard, maar de praktijk laat inmiddels zien dat rechters zich toch laten leiden door deze regels en ernaar verwijzen. Het feit dat de Aanbeveling in de gebie-

met de Amerikaanse Kamer van Koophandel besloten over te gaan tot de instelling van een werkgroep om de Aanbeveling gemodificeerd of geheel van tafel te krijgen.

“Het feit dat de Aanbeveling in de gebiedende wijs is opgesteld mag opzienbarend worden genoemd.”

dende wijs is opgesteld mag opzienbarend worden genoemd. Immers, in de internationale gemeenschap en ook in Oekraïne geldt het primaat van de contractvrijheid als leidend beginsel en is ook met zoveel woorden gecodificeerd in het Oekraïense Burgerlijk Wetboek.

Bovendien kan deze gang van zaken ertoe leiden dat een beroep wordt gedaan op het Europese Hof voor de rechten van de mens en investeerders uitnodigen tegen Oekraïne te procederen bij het Internationaal Centrum voor de beslechting van investeringsgeschillen. Ook kan deze Aanbeveling tot gevolg hebben dat de weigering buitenlandse arbitrale uitspraken te erkennen een precedent schept en dus op haar beurt de werking van Oekraïense rechterlijke en/of arbitrale uitspraken in het buitenland ondermijnt.

Nu Oekraïne kort geleden is toegetreden tot de World Trade Organisation - het parlement heeft vorige maand de toetredingsverklaring geratificeerd - kan het land het zich eigenlijk niet veroorloven op deze wijze zijn reputatie te schaden en geloofwaardigheid te verspelen in de internationale zakenwereld.

In Kiev heeft daarom de juridische lobby van de European Business Association, waarbij ook CMS Derks Star Busmann is aangesloten, samen

De eerste effecten van de Aanbeveling zijn inmiddels in de praktijk al merkbaar. Informatie van een toonaangevende investeringsbank in Kiev laat zien dat voorbehouden worden gemaakt in contracten waarbij Oekraïense ondernemingen betrokken zijn. Deze voorbehouden zien erop dat de nadelige gevolgen van de Aanbeveling tussen partijen in onderling overleg opgelost worden door het maken van afspraken op een hoger niveau in de juridische structuur waarmee de Aanbeveling wordt ‘weggecontracteerd’.

mr. T.L.G.M. (Ton) Heebing
Dutch Desk Kiev
T +380 44 391 3377
M +31 654 268879
E ton.heebing@cms-dsb.com