

arrest

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummers: 200.002.097/02 en 200.002.104/02

zaak- en rolnummer rechtbank Amsterdam: 355622/HA ZA 06-3612

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 9 mei 2017

in de zaak met nummer 200.002.097/02

1. de rechtspersoon naar het recht van de Russische Federatie

OOO PROMNEFTSTROY,

gevestigd te Moskou, Russische Federatie,

2. **YUKOS FINANCE B.V.** (zoals vertegenwoordigd door Lynch en Reid),
gevestigd te Amsterdam,

tussenkomen partijen (in welke zaak de oorspronkelijke appellant, Eduard Konstantinovich REBGUN, die optrad in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van OAO YUKOS OIL COMPANY, niet-ontvankelijk is verklaard),
advocaat: mr. J.F. Ouwehand te Amsterdam,

tegen

1. **David Andrew GODFREY,**

wonende te Honolulu, Hawaï, Verenigde Staten van Amerika,

geïntimeerde in principaal appel,

appellant in incidenteel appel,

advocaat: mr. E.R. Meerdink te Amsterdam,

2. **Bruce Kelfern MISAMORE,**

wonende te Houston, Texas, Verenigde Staten van Amerika,

geïntimeerde in principaal appel,

appellant in incidenteel appel,

advocaat: mr. R.J. van Galen te Amsterdam,

3. **YUKOS FINANCE B.V.** (zoals voorheen vertegenwoordigd door Godfrey en Misamore, thans vertegenwoordigd door Godfrey),

gevestigd te Amsterdam,

geïntimeerde in principaal appel,

appellante in incidenteel appel,

advocaat: mr. W.H.A.M. van den Muijsenbergh te Rotterdam,

en in de zaak met nummer 200.002.104/02

Sergei Savelyevich SHMELKOV,
wonende te Moskou, Russische Federatie,
appellant in principaal appel,
geïntimeerde in incidenteel appel,
advocaat: mr. G.H. Gispen te Rotterdam,

en

1. de rechtspersoon naar het recht van de Russische Federatie
OOO PROMNEFTSTROY,
gevestigd te Moskou, Russische Federatie,
2. **YUKOS FINANCE B.V.** (zoals vertegenwoordigd door Lynch en Reid),
gevestigd te Amsterdam,
tussenkommende partijen,
advocaat: mr. J.F. Ouweland te Amsterdam,

tegen

1. **David Andrew GODFREY**,
wonende te Honolulu, Hawaï, Verenigde Staten van Amerika,
geïntimeerde in principaal appel,
appellant in incidenteel appel,
advocaat: mr. E.R. Meerdink te Amsterdam,

2. **Bruce Kelfern MISAMORE**,
wonende te Houston, Texas, Verenigde Staten van Amerika,
geïntimeerde in principaal appel,
appellant in incidenteel appel,
advocaat: mr. R.J. van Galen te Amsterdam,

3. **YUKOS FINANCE B.V.** (zoals voorheen vertegenwoordigd door Godfrey en Misamore, thans vertegenwoordigd door Godfrey),
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde in principaal appel,
appellante in incidenteel appel,
advocaat: mr. W.H.A.M. van den Muijsenbergh te Rotterdam.

1. Verder verloop van het geding

De partijen worden hierna weer ieder afzonderlijk Promneftstroy, Yukos Finance (Lynch en Reid), Shmelkov, Godfrey en Misamore genoemd. Yukos Finance (zowel zoals voorheen vertegenwoordigd door Godfrey en Misamore, als zoals thans vertegenwoordigd door Godfrey) wordt hierna Yukos Finance (Godfrey) genoemd. Promneftstroy en Yukos Finance (Lynch en Reid) worden hierna gezamenlijk ook Promneftstroy c.s. genoemd.

Godfrey en Yukos Finance (Godfrey) zullen hierna ook gezamenlijk Godfrey c.s. worden genoemd.

Het hof heeft op 21 juni 2016 een tussenarrest uitgesproken. Voor het verloop van de procedure tot aan dat tussenarrest wordt daarnaar verwezen.

Nadien hebben partijen de volgende stukken ingediend.

In de beide zaken:

- akte aan de zijde van Promneftstroy c.s., met producties;
- antwoordakte aan de zijde van Godfrey c.s.

In de zaak met nummer 200.002.104/02:

- akte uitlating producties tevens houdende akte verzet tegen eiswijziging aan de zijde van Shmelkov.

Partijen hebben het geschil in beide zaken ter zitting van 28 en 29 november 2016 doen bepleiten.

Namens Godfrey is gepleit door mr. Meerdink voornoemd en mr. M.J. Drop, advocaat te Amsterdam, namens Yukos Finance (Godfrey) door mr. Van den Muijsenbergh voornoemd en mr. T.L. Claassens, advocaat te Rotterdam, aan de hand van gezamenlijke pleitnotities, die zijn overgelegd.

Namens Misamore is gepleit door mr. Van Galen voornoemd en mr. B.F.H. Rumora-Scheltema, advocaat te Amsterdam, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Namens Promneftstroy c.s. is gepleit door mr. Ouwehand voornoemd, mr. R.S. Meijer, advocaat te Amsterdam, en mr. R. Verkerk, advocaat te Rotterdam, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Namens Shmelkov is gepleit door mr. Gispén voornoemd, aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Promneftstroy c.s. en Godfrey c.s. hebben in beide zaken nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

Gevorderd is zoals hierna in rov. 3.9 vermeld.

Alle partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. Feiten

Het hof zal in beide zaken uitgaan van de feiten die de Hoge Raad in zijn tussenarrest van 29 juni 2012 onder 3.1 heeft opgesomd. In het vervolg van dit arrest zullen nog enige nadere, als vaststaand aan te merken, feiten worden besproken. Het gaat in elk geval om het volgende.

Het faillissement van Yukos Oil

2.1. De vennootschap naar het recht van de Russische Federatie OAO Yukos Oil Company (hierna: Yukos Oil) is bij uitspraak van het Moscow City Arbitrazh Court van 1 augustus 2006 in staat van faillissement verklaard. Daarbij werd Eduard Konstantinovich Rebgun (hierna: Rebgun) tot curator benoemd.

2.2. Bij uitspraak van 15 november 2007 heeft het genoemde Moscow City Arbitrazh Court de insolventieprocedure beëindigd. Rebgun heeft de beëindiging van het faillissement op 21 november 2007 doen inschrijven in een daartoe bestemd register. Met die inschrijving is Yukos Oil naar het recht van de Russische Federatie opgehouden te bestaan.

De bestuurders van Yukos Finance

2.3. Yukos Oil hield tijdens haar bestaan alle aandelen in Yukos Finance, een vennootschap naar Nederlands recht.

2.4. Godfrey en Misamore traden vanaf medio november 2005 op als bestuurders van Yukos Finance. Bij aandeelhoudersbesluit van 11 augustus 2006 heeft mr. Gispen, handelend in opdracht van Rebgun en daarmee als (beweerdelijk) vertegenwoordiger van de enige aandeelhouder, Godfrey en Misamore met onmiddellijke ingang als bestuurders van Yukos Finance ontslagen. Godfrey en Misamore stellen zich op het standpunt dat dit besluit nietig (“*null and void*”) is.

2.5. Namens Yukos Oil heeft Rebgun bij aandeelhoudersbesluiten van 14 en 30 augustus 2006 Shmelkov en L.J. Hogerbrugge (hierna: Hogerbrugge) benoemd tot bestuurders van Yukos Finance.

2.6. Rebgun heeft vervolgens namens Yukos Oil bij aandeelhoudersbesluit van 10 september 2007 Lynch en Reid tot bestuurders van Yukos Finance benoemd en bij aandeelhoudersbesluit van dezelfde datum aan Shmelkov en Hogerbrugge decharge verleend over hun bestuursperiode.

Promneftstroy als nieuwe aandeelhouder van Yukos Finance

2.7. Rebgun heeft de aandelen in Yukos Finance op een door hem uitgeschreven openbare veiling te Moskou verkocht aan Promneftstroy en geleverd bij akte van 10 september 2007, verleden ten overstaan van een notaris te Amsterdam.

3. De huidige stand van zaken in de procedure en de thans voorliggende vorderingen in beide zaken

3.1. Godfrey c.s. en Misamore vorderden in deze procedure in eerste aanleg, kort samengevat:

- een verklaring voor recht dat alle door Rebgun of in diens naam met betrekking tot Yukos Finance genomen aandeelhoudersbesluiten alsmede de besluiten die Shmelkov en Hogerbrugge hebben genomen als door Rebgun benoemde bestuurders van Yukos Finance nietig zijn dan wel vernietigd zullen worden, althans deze besluiten te vernietigen;
- een bevel aan Rebgun en aan Shmelkov en Hogerbrugge om mee te werken aan ongedaanmaking van de gevolgen van de door hen genomen aandeelhouders-respectievelijk bestuursbesluiten;
- een verbod aan Rebgun om nog enig recht met betrekking tot de aandelen in Yukos Finance uit te oefenen en aan Shmelkov en Hogerbrugge om enig recht uit hoofde van hun vermeende bevoegdheid tot vertegenwoordiging van Yukos Finance uit te oefenen, een en ander op straffe van een dwangsom.

3.2. De rechtbank heeft de vorderingen bij vonnis van 31 oktober 2007 voor het merendeel toegewezen en heeft daartoe, kort samengevat, geoordeeld dat het Russische faillissementsvonnis waarbij Rebgun tot curator in het faillissement van Yukos Oil is benoemd, tot stand is gekomen op een wijze die niet in overeenstemming is met de Nederlandse beginselen van een behoorlijke procesorde en aldus strijdig is met de Nederlandse openbare orde, zodat het faillissementsvonnis om die reden niet kan worden erkend en Rebgun niet bevoegd was Yukos Oil in Nederland te vertegenwoordigen. Dit brengt, aldus de rechtbank, mee dat de door Rebgun namens Yukos Oil genomen aandeelhoudersbesluiten nietig zijn en dat dus Shmelkov en Hogerbrugge nooit tot bestuurders van Yukos Finance zijn benoemd, zodat ook alle door hen in die hoedanigheid genomen besluiten nietig zijn.

3.3. Rebgun en Shmelkov hebben, ieder afzonderlijk, tegen het vonnis van de rechtbank principaal hoger beroep ingesteld en gevorderd dat vonnis te vernietigen en de vorderingen van Godfrey c.s. en Misamore alsnog af te wijzen.

Na (rol)voeging van de beide appelprocedures en tussenkomst van Promneftstroy c.s. in beide zaken hebben Promneftstroy c.s. bij memorie van grieven vernietiging van het vonnis van de rechtbank en afwijzing van de vorderingen van Godfrey c.s. en Misamore gevorderd en voorts verklaringen voor recht dat het ontslag van Godfrey en Misamore en de daaropvolgende benoeming van Lynch en Reid als bestuurders van Yukos Finance en de overdracht van de aandelen in Yukos Finance aan Promneftstroy rechtsgeldig zijn.

3.4. Dit hof heeft op 19 oktober 2010 een arrest gewezen, waarin de door Promneftstroy c.s. ingestelde vorderingen zijn afgewezen, voor recht is verklaard dat Promneftstroy geen rechthebbende op de aandelen in Yukos Finance is geworden, alle verdere beslissingen in het door Rebgun en Shmelkov ingestelde hoger beroep zijn aangehouden en de zaken naar de rol zijn verwezen. Daartegen is door Shmelkov, Rebgun en Promneftstroy c.s. principaal beroep in cassatie ingesteld.

3.5. Bij tussenarrest van 29 juni 2012 heeft de Hoge Raad Rebgun niet-ontvankelijk verklaard in zijn principale beroep in cassatie, omdat hij door het verlies van de hoedanigheid van curator in het faillissement van Yukos Oil hangende het hoger beroep de bevoegdheid had verloren in die hoedanigheid beroep in cassatie in te stellen.

In de incidentele cassatieberoepen van Godfrey, Misamore en Yukos Finance (Godfrey) heeft de Hoge Raad het arrest van het hof van 19 oktober 2010 vernietigd, uitsluitend voor zover Rebgun daarbij in zijn hoger beroep ontvankelijk is geoordeeld, en heeft hij Rebgun alsnog niet-ontvankelijk verklaard in het door hem ingestelde hoger beroep met zijn veroordeling in de kosten daarvan. Rebgun speelt daarom in dit stadium geen rol meer in de procedure.

3.6. De Hoge Raad heeft ook Shmelkov niet-ontvankelijk verklaard in zijn principale cassatieberoep, daartoe overwegend dat in het dictum van het arrest van 19 oktober 2010 geen beslissingen voorkomen waarbij in de procedure tussen Godfrey, Misamore en Yukos Finance (Godfrey) enerzijds en Shmelkov anderzijds omtrent het over en weer gevorderde een einde aan het geding is gemaakt. De procedure bevindt zich dus, voor zover Shmelkov daarin is betrokken, in de fase dat na tussenarrest van dit hof van 19 oktober 2010 wordt voortgeprocedeerd.

3.7. In zijn eindarrest van 13 september 2013 heeft de Hoge Raad, kort samengevat, in de zaken tussen Godfrey, Misamore en Yukos Finance (Godfrey) enerzijds en Promneftstroy c.s. anderzijds geoordeeld dat, anders dan het hof in zijn arrest van 19 oktober 2010 had beslist, het territorialiteitsbeginsel in dit geval niet in de weg staat aan de verkoop en levering van de aandelen in Yukos Finance door Rebgun aan Promneftstroy. De Hoge Raad heeft laatstbedoeld arrest vernietigd en het geding ter verdere behandeling en beslissing (terug)verwezen naar dit hof. De procedure bevindt zich wat betreft het geschil tussen Promneftstroy c.s. en Yukos Finance (Godfrey), Godfrey en Misamore dus in de stand van een procedure na vernietiging en verwijzing door de Hoge Raad.

3.8. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: het EHRM) heeft in de door Yukos Oil tegen de Russische Federatie gevoerde procedure bij arrest van 20 september 2011 (onherroepelijk geworden op 8 maart 2012), samengevat, de klachten van Yukos Oil voor een (relatief gering) deel gegrond verklaard en voor het overige afgewezen. Bij arrest van 31 juli 2014 (onherroepelijk geworden op 15 december 2014) heeft het EHRM, samengevat, aan de voormalige aandeelhouders van Yukos Oil een vergoeding toegekend van ruim € 1,8 miljard (hierna zullen deze arresten ook tezamen als de EHRM arresten worden aangeduid).

3.9. Godfrey c.s. en Misamore vorderen (na eiswijziging in appel) jegens Promneftstroy c.s., voor zover thans nog van belang:

- een verklaring voor recht dat Promneftstroy geen rechthebbende op de aandelen in Yukos Finance is geworden;
- een bevel aan Promneftstroy medewerking te verlenen aan het ongedaan maken van (de gevolgen van) de door haar in Yukos Finance genomen aandeelhoudersbesluiten en

- een verbod aan Promneftstroy om enig recht uit te oefenen met betrekking tot die aandelen, met beslissing over de proceskosten.

Jegens Shmelkov vorderen Godfrey c.s en Misamore (nog steeds) als onder 3.1 weergegeven.

Promneftstroy c.s. vorderen, voor zover thans nog van belang, verklaringen voor recht dat het ontslag van Godfrey en Misamore en de daaropvolgende benoeming van Lynch en Reid als bestuurders van Yukos Finance rechtsgeldig zijn geschied en dat de overdracht van de aandelen in Yukos Finance aan Promneftstroy rechtsgeldig is, met beslissing over de proceskosten.

4. De verdere beoordeling in beide zaken

Procesrechtelijke aspecten

Shmelkov

4.1.1. Shmelkov heeft zich (bij akte van 20 september 2016, onder 1.35 en 11.7) verzet tegen de nadere wijziging van eis die hij ontwaart in hoofdstuk 4.3 van de memorie van antwoord na verwijzing van Godfrey c.s. en verzocht die eiswijziging niet toe te laten.

4.1.2. Daartoe bestaat geen aanleiding; het hof ziet in de desbetreffende passages (of elders in dat stuk) immers geen wijziging van eis of de grondslag ervan. Godfrey c.s. hebben niet meer of anders gedaan dan het, binnen de grenzen van de rechtsstrijd in appel, preciseren en nader onderbouwen van hun standpunten. Dat stond hen, in de fase van voortzetting na tussenarrest en na overlegging van de EHRM-arresten, vrij (zie HR 25 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8991, NJ 2013/5, rov. 3.3.4).

4.1.3. De omstandigheid dat de betrokken processtukken uitvoerig zijn en dat duizenden bladzijdes producties worden overgelegd maakt de indiening daarvan, mede in aanmerking genomen het grote principiële en financiële belang dat met de zaak gemoeid is, niet strijdig met de goede procesorde. Ook de omstandigheid dat Shmelkov, als oorspronkelijk gedaagde die niet om deze procedure gevraagd heeft, veel tijd en geld heeft moeten investeren in bestudering daarvan en reactie daarop, doet dat niet.

4.2.1. Shmelkov heeft daarbij ook zijn bezwaren tegen de na verwijzing ingediende stukken (de memories van antwoord na verwijzing van Godfrey c.s. en Misamore) en producties herhaald en wederom verzocht deze buiten beschouwing te laten.

4.2.2. Bij tussenarrest van 21 juni 2016 heeft het hof het overeenkomstige eerdere verzoek, gedaan bij wege van incidentele vordering, afgewezen. Bij die afwijzing en de daaraan ten grondslag liggende overwegingen blijft het hof. Shmelkov heeft niets aangevoerd dat noopt tot het daarop terugkomen. Voor zover Shmelkov zich op het standpunt stelt dat slechts hij, en niet ook Godfrey c.s. en Misamore, mocht reageren

op de EHRM-arresten berust dat standpunt op een verkeerde lezing van het arrest van 19 oktober 2010. De beginselen van hoor en wederhoor en van processueel evenwicht tussen partijen brengen immers mee, dat alle partijen in de gelegenheid gesteld moe(s)ten worden zich uit te laten over relevante nieuwe stukken, zoals de EHRM-arresten.

Ook voor zover het gaat om de stukken en producties die zijn overgelegd na dat incidentele arrest is geen sprake van strijd met de goede procesorde reeds omdat de strekking daarvan zich beperkt tot precisering en nadere onderbouwing van eerder ingenomen stellingen.

4.3. Shmelkov heeft het hof verzocht om terug te komen op beslissingen in het arrest van 19 oktober 2010. Het gaat dan in het bijzonder om de beslissingen op zijn grieven 1, 4, 5, 8, 9, 10, 12 en 13. Op dit verzoek zal het hof hierna, bij de inhoudelijke bespreking (in rov. 4.76-4.82), terugkomen.

Misamore

4.4.1. Ook Misamore heeft verzocht processtukken buiten beschouwing te laten (de memorie na vernietiging en verwijzing van Promneftstroy c.s. en de antwoordmemorie na verwijzing tevens akte houdende uitlating oordeel EHRM van Shmelkov).

4.4.2. Het hof wijst dat verzoek af op overeenkomstige gronden als hiervoor in rov. 4.2.2 bedoeld en in het tussenarrest van 21 juni 2016 breder toegelicht. Dat geldt niet alleen in de procedure met zaaknummer 200.002.104/02, waar het debat in appel na tussenarrest wordt voortgezet, maar in beide procedures waar het gaat om het debat na verwijzing. Ook wordt niet gehonoreerd het betoog van Misamore dat aan de stellingen van Promneftstroy c.s. in hun akte van 20 september 2016 (onder 2.139) en de stellingen van Shmelkov in zijn akte van 20 september 2016 (onder 7.1 tot 7.10) als zijnde strijdig met de twee-conclusieregel moet worden voorbijgegaan. Bedoelde betogen gaan niet verder dan hetgeen, in het stadium van behandeling na verwijzing respectievelijk voortzetting van het debat na tussenarrest, toelaatbaar is, nu zij niet meer of anders behelzen dan een precisering en nadere onderbouwing van de eerdere stellingen.

Promneftstroy c.s.

4.5. Het verzoek van Promneftstroy c.s. (in de akte uitlating over stellingen en producties bij antwoordmemories na verwijzing van 20 september 2016), om een groot aantal door Godfrey c.s. overgelegde stukken (waarop ook Misamore zich beroept) buiten beschouwing te laten wordt verworpen, wederom op dezelfde gronden als hiervoor in rov. 4.2.2 bedoeld.

4.6. Op het verzoek van Promneftstroy c.s. om terug te komen op overwegingen van het arrest van 19 oktober 2010, in het bijzonder rov. 3.5.3, wordt hierna (in rov. 4.23.3 en 4.23.4) ingegaan.

Godfrey c.s. en Misamore

4.7. Godfrey c.s. en Misamore hebben bezwaar gemaakt tegen de overname door Promneftstroy c.s. van de door Rebgun aangevoerde grieven. Dat bezwaar wordt

verworpen. Grieven dienen, zowel voor het hof als voor de wederpartij, duidelijk te zijn in de zin dat zij uitdrukken tegen welk aspect van het bestreden vonnis zij zich richten en dat zij voldoende helder zijn geformuleerd en toegelicht. Het overleggen van stukken uit andere procedures, met algemene verwijzing naar daar ingenomen standpunten biedt die duidelijkheid niet en is daarom niet toelaatbaar. In dit geval hebben Promneftstroy c.s. echter concreet en met vindplaatsen verwezen naar door Rebgun aangevoerde en toegelichte, duidelijke grieven. Nu Promneftstroy c.s. zich niet aan de zijde van Rebgun hebben gevoegd (en dus niet als zodanig al geacht werden zijn standpunten tot de hunne te maken) maar als zelfstandige derden zijn tussengekomen in een geschil waarbij zij in eerste aanleg geen partij waren, konden zij eigen grieven formuleren. Dat hebben zij ook gedaan. Zij behoefden zich daartoe echter niet te beperken, maar konden ook grieven van (een van de) andere partijen overnemen. De omstandigheid dat zij dat niet hebben gedaan door teksten van Rebgun te kopiëren en in hun eigen processtukken in te voegen maar door, precieze en concrete, verwijzing naar die teksten en de daarin vervatte grieven met toelichting, heeft de goede procesorde niet geschaad, doch eerder gediend (door de overzichtelijkheid te bevorderen en de omvang van het dossier niet nog verder te doen toenemen). Godfrey c.s. en Misamore hebben uit deze verwijzingen voldoende kunnen afleiden waartegen zij zich hebben te verweren; zij hebben daartegen ook uitvoerig verweer gevoerd. Van Promneftstroy c.s. kon in redelijkheid ook niet worden verlangd dat zij alle desbetreffende processtukken van Rebgun alsnog in hun zaak zouden overleggen, ook al staat de zaak van Rebgun zelfstandig ten opzichte van die van Promneftstroy c.s. Niet in discussie is dat Godfrey c.s. en Misamore de processtukken van Rebgun in hun bezit hebben. Ook het hof beschikt over deze stukken.

Inhoudelijke beoordeling in de zaken na verwijzing (200.002.097/02 en 200.002.104/02)

4.8. Het hof heeft bij arrest van 19 oktober 2010, rechtdoende in het principale en het incidentele hoger beroep, de vorderingen van Promneftstroy c.s. als tussenkomende partijen afgewezen en voor recht verklaard dat Promneftstroy geen rechthebbende op de aandelen in Yukos Finance is geworden, op grond van zijn, door de Hoge Raad inmiddels onjuist bevonden, oordeel dat reeds het territorialiteitsbeginsel aan de bevoegdheid van curator Rebgun tot overdracht van die aandelen in de weg stond. In zoverre leidt de verwijzing ertoe dat de zaken, op basis van de geformuleerde grieven over en weer, opnieuw beoordeeld moeten worden met inachtneming van de inmiddels gespecificeerde en nader onderbouwde standpunten.

4.9. De Hoge Raad heeft in rov. 3.3.4 van zijn arrest van 13 september 2013 erop gewezen dat, nu de klachten tegen het oordeel van het hof dat reeds het territorialiteitsbeginsel meebrengt dat Promneftstroy geen rechthebbende op de aandelen in Yukos Finance is geworden doel treffen, de grieven die gericht zijn tegen het oordeel van de rechtbank dat het Russische faillissementsvonnis tot stand is gekomen op een wijze die strijdig is met de Nederlandse openbare orde alsnog behandeling behoeven.

4.10. Voor zover Promneftstroy c.s. nog aan de orde hebben willen stellen of Godfrey c.s. en Misamore voldoende belang hebben bij hun vorderingen als vereist ingevolge het bepaalde in de artt. 3:302 en 3:303 BW, stuit dat af op de beslissing op dat punt van de Hoge Raad. In zijn arrest van 29 juni 2012 in rov. 5.2.2 heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar de conclusie van de Advocaat-Generaal van 6 april 2012 onder 1.9-1.20 de klachten dienaangaande verworpen.

4.11. Promneftstroy c.s. hebben in een eerder stadium aangevoerd dat het hof aan de vraag of het Russische faillissementsvonnis erkend kan worden niet hoeft toe te komen, omdat onvoldoende verband bestaat met de Nederlandse openbare orde. De grief is (in rov. 3.5.2 van het arrest van 19 oktober 2010) verworpen met als redengeving dat de geldigheid van de besluitvorming van een in Nederland gevestigde rechtspersoon in het geding is, hetgeen voldoende verband met de door de Nederlandse rechtsorde beschermde belangen impliceert om in elk geval te onderzoeken of sprake is van strijd met de openbare orde. De Hoge Raad heeft de cassatieklachten kennelijk niet zo opgevat dat deze daarop betrekking hebben. Dat betekent dat ervan moet worden uitgegaan dat hierover in cassatie niet is geklaagd. Hetgeen op dit punt na verwijzing is aangevoerd kan er dus niet toe leiden dat op de beslissing in het arrest van 19 oktober 2010 wordt teruggekomen, zoals Promneftstroy c.s. wensen, omdat de rechtsstrijd na cassatie aldus was afgebakend dat over dit geschilpunt definitief was beslist en deze beslissing onaantastbaar is geworden, nog daargelaten dat niet is voldaan aan de maatstaf voor terugkomen op een bindende eindbeslissing (zie rov. 4.76).

'Erkenning' Russisch faillissementsvonnis

4.12. Rebgun was alleen dan bevoegd om Godfrey en Misamore te ontslaan en in hun plaats andere bestuurders te benoemen en kon evenzeer alleen dan tot verkoop en levering van de aandelen in Yukos Finance aan Promneftstroy toekomen indien aan zijn benoeming als curator in het faillissement van Yukos Oil in Nederland werking toekomt. Dat dit in de Russische Federatie het geval is staat buiten kijf, nu het faillissementsvonnis daar niet alleen uitvoerbaar was, maar ook in kracht van gewijsde was gegaan. Daaruit vloeit echter niet zonder meer voort dat daaraan ook in Nederland werking kan worden toegekend.

4.13. In het geval van een rechterlijke beslissing afkomstig uit een land ten aanzien waarvan geen relevant verdrag omtrent erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen van kracht is - zoals de Russische Federatie - bestaat niet de mogelijkheid dat om die erkenning en verlot tot tenuitvoerlegging daarvan wordt gevraagd via de exequaturprocedure voorzien in de artt. 431 lid 1 jo. 985 e.v. Rv. In dat geval brengt art. 431 Rv in beginsel mee dat in Nederland een nieuwe procedure wordt gevoerd, waarin de rechter gevraagd wordt om aan die buitenlandse beslissing gezag toe te kennen dan wel, indien deze beslissing niet voor erkenning in aanmerking komt, een beslissing te nemen die overeenkomt met de buitenlandse beslissing. Dat is hier niet aan de orde. Anders dan in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de Hoge Raad d.d. 26 september 2014 (ECLI:NL:HR:2014:2838, NJ 2015/478, Gazprombank) is immers geen sprake van een veroordelend vonnis van een Russische rechter dat hier te lande ten uitvoer moet worden gelegd, maar van een Russisch faillissementsvonnis op

grond waarvan Rebgun tot curator is benoemd (een constitutief vonnis) en rechtshandelingen heeft verricht.

4.14.1. Partijen verschillen van inzicht met betrekking tot de vraag of in de onderhavige context aan art. 431 Rv, zoals die bepaling waar het de mogelijkheid van erkenning van een buitenlands vonnis betreft in de literatuur wordt uitgelegd en door de rechter wordt toegepast, bij wege van analogie betekenis toekomt, zowel op het punt van de inhoudelijke toetsing als op het punt van stelplicht, bewijslast en de rol van de rechter. Die in het kader van art. 431 Rv aan te leggen toets houdt in, zoals volgt uit het Gazprombankarrest, dat een buitenlandse beslissing in Nederland in beginsel wordt erkend indien (i) de bevoegdheid van de rechter die de beslissing heeft gegeven berust op een bevoegdheidsgrond die naar internationale maatstaven algemeen aanvaardbaar is, (ii) de buitenlandse beslissing is tot stand gekomen in een gerechtelijke procedure die voldoet aan de eisen van behoorlijke en met voldoende waarborgen omklede rechtspleging, (iii) de erkenning van de buitenlandse beslissing niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde, en (iv) de buitenlandse beslissing niet onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen gegeven beslissing van de Nederlandse rechter, dan wel met een eerdere beslissing van een buitenlandse rechter die tussen dezelfde partijen is gegeven in een geschil dat hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust, mits die eerdere beslissing voor erkenning in Nederland vatbaar is.

4.14.2. De mogelijkheid van het toekennen van betekenis aan in het buitenland rechtsgeldig tot stand gekomen rechtsfeiten - of te wel, voor zover hier van belang, de 'erkenning' van buitenlandse constitutieve vonnissen - is niet expliciet in de wet verankerd maar reeds een eeuw geleden door de Hoge Raad (24 november 1916, NJ 1917, blz. 5), geaccepteerd en nadien meermalen bevestigd. De achtergrond daarvan is dat het niet wenselijk is dat over geschillen aangaande rechtsbetrekkingen die grensoverschrijdende effecten kunnen hebben telkens opnieuw in elk betrokken land inhoudelijk door een rechter geoordeeld moet worden, maar dat betekenis moet kunnen worden toegekend aan rechtsfeiten die in het buitenland rechtsgeldig tot stand gekomen zijn. Een andere benadering is niet alleen kostbaar en tijdrovend, maar leidt ook tot rechtsonzekerheid en het risico van niet met elkaar verenigbare beslissingen. Nu het in de kern gaat om dezelfde problematiek als bij de toepassing van art. 431 Rv moet aan genoemde, in het kader van art. 431 Rv ontwikkelde, criteria ook in een context als de onderhavige getoetst worden. De toets aan bedoelde criteria is noodzakelijk, maar in beginsel ook voldoende om de vraag te beantwoorden of de openbare orde zich verzet tegen het in Nederland toekennen van rechtsgevolgen aan het Russische faillissementsvonnis en daarmee aan de benoeming van Rebgun als curator die overeenkomen met die van een dergelijke benoeming in Nederland.

4.14.3. De hiervoor in 4.14.1 onder i en iv genoemde aspecten spelen in deze procedure geen rol. Het gaat dus om de onder ii en iii bedoelde criteria, die tezamen de procedurele en de materiële kant van de openbare orde-toets bestrijken. Deze aspecten zullen hierna gezamenlijk ook wel worden aangeduid als behoorlijke rechtspleging in ruime zin.

4.15.1. Anders dan Godfrey c.s. en Misamore (in het kader van de toetsing aan met name criterium ii) betogen, gaat het te ver om geen enkel vertrouwen in de rechtspleging in de Russische Federatie te hebben, zodat het hof hen ook niet volgt in hun standpunt dat reeds om die enkele reden Russische rechterlijke beslissingen hier te lande niet erkend kunnen worden (dan wel daaraan geen rechtsgevolgen kunnen worden toegekend) wegens strijd met de Nederlandse openbare orde. De Russische Federatie kent een grondwet die voorziet in een onafhankelijke rechterlijke macht en er bestaat een geordend juridisch systeem, dat voorziet in toegang tot de rechter. Voorts is de Russische Federatie, net als Nederland, toegetreden tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Voor een zo ver strekkende conclusie als Godfrey c.s. en Misamore voorstaan, hebben zij, mede in het licht hiervan, onvoldoende gesteld.

4.15.2. Er zal dus in deze procedure concreet moeten worden getoetst of ruimte is voor 'erkenning' van het in 2.1 genoemde Russische faillissementsvonnis in voormelde zin of niet. De stukken die Godfrey c.s. en Misamore hebben gepresenteerd aangaande de gang van zaken in Armeense procedures over latere, andere, disputen samenhangend met en/of voortvloeiend uit het faillissement van Yukos Oil zijn in dit kader niet relevant en worden buiten beschouwing gelaten.

4.16.1. Promneftstroy c.s. stellen dat Godfrey c.s. en Misamore met hun beroep op strijdigheid met de openbare orde een exceptief verweer voeren, waardoor het aan hen is om te stellen en te bewijzen dat een 'erkenning' in voormelde zin tot strijd met de openbare orde leidt (mede) omdat zich in de procedure die tot het Russische faillissementsvonnis heeft geleid een ernstige schending van de beginselen van een behoorlijke procesorde heeft voorgedaan.

Godfrey c.s. en Misamore stellen op hun beurt dat het gaat om een constitutioneel vereiste, in de zin dat het aan Promneftstroy c.s. is om te stellen en bewijzen dat de rechtspleging bij de totstandkoming van het faillissementsvonnis niet als strijdig met de Nederlandse openbare orde is te beschouwen.

4.16.2. Geen van beide standpunten wordt gevolgd.

Voor zover een beroep wordt gedaan op jurisprudentie die ziet op erkenning van beslissingen van rechters in lidstaten van de Europese Unie faalt dat beroep, nu de Unietrouw en het binnen de EU bestaande vertrouwen in de rechtspraak in andere lidstaten zich niet leent voor analoge toepassing buiten dat kader.

Gelet op de aard van de materie - de toets aan de openbare orde - zal een ambtshalve toetsing plaatsvinden, met dien verstande dat de grenzen van de rechtsstrijd van partijen daarbij in acht zullen worden genomen. Zoals uit het hierna overwogene volgt, wordt niet toegekomen aan enige bewijsopdracht op dit punt.

EHRM-arresten

4.17.1. Ten tijde van het arrest van 19 oktober 2010 liep bij het EHRM de procedure van Yukos Oil tegen de Russische Federatie. De uitkomst van deze procedure kon, in de visie van partijen en dit hof, ondanks de omstandigheid dat daarbij andere partijen betrokken waren dan in het onderhavige geding, van belang zijn voor de te nemen beslissingen, nu daarin grotendeels dezelfde feiten voorlagen. De klachten van Yukos

Oil waren op dat moment reeds (grotendeels) ontvankelijk geacht, maar er waren nog geen inhoudelijke beslissingen genomen. Dit hof heeft de zaak toen aangehouden opdat de meest gerede partij de uitspraak van het EHRM in het geding zou brengen. Daarbij is het volgende overwogen (in rov. 3.6.9): *“In de onderhavige zaken gaat het alleen om defecten in het Russische Faillissementsvonnis en in de procedure waarin dat vonnis is gewezen. Schendingen van Russische rechtsregels in de daaraan voorafgegane fiscale procedures kunnen in beginsel slechts van belang zijn voor zover zij tot de conclusie voeren dat Yukos Oil daardoor nodeloos in staat van faillissement is geraakt. Ook om deze reden zal de inhoudelijke uitspraak van het EHRM inzake de door Yukos Oil ingediende klachten niet noodzakelijk doorslaggevend zijn voor de afdoening van de onderhavige zaken.”*

4.17.2. In het tussenarrest van 21 juni 2016 heeft het hof deze overweging nader uitgelegd en overwogen (in rov. 5.4.2): *“Deze rechtsoverweging komt er op neer 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.”* Daaraan dient in verband met de hierna te bespreken causaliteitsvraag nog te worden toegevoegd dat vereist is dat deze schendingen ook daadwerkelijk een beslissende rol hebben gespeeld bij de insolventie en faillietverklaring van Yukos Oil.

4.18.1. Promneftstroy c.s. hebben zich op het standpunt gesteld dat de inmiddels bekende beslissingen en de daaraan ten grondslag liggende analyse en overwegingen van het EHRM in de onder 3.8 bedoelde EHRM-arresten leidend zouden moeten zijn voor de thans door het hof te nemen beslissingen. Godfrey c.s. en Misamore menen dat de betekenis die aan die arresten moet worden toegekend beperkt is.

4.18.2. Het begrip openbare orde kent, zoals in 4.14.3 overwogen, een materiële en een procedurele component, waarbij de eerste in een geval als het onderhavige met name ziet op de bescherming van vermogensrechtelijke belangen en de laatste op de wijze waarop die bescherming in rechte kan worden ingeroepen (het gaat dan om de eisen van een behoorlijke rechtspleging in engere zin). Het EVRM kent vooral omtrent dit laatste Nederland bindende regels.

Op grond van art. 93 Grondwet dient de Nederlandse rechter de een ieder verbindende bepalingen uit het EVRM toe te passen. Dat brengt mee dat hij ook gehouden is die bepalingen zelf uit te leggen, met dien verstande echter dat de taakverdeling tussen de nationale rechter en het EHRM meebrengt dat de nationale rechter bij zijn uitleg van de bepalingen van het EVRM zich richt naar de gevestigde rechtspraak van het EHRM (HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, NJ 2017/132).

Dat geldt temeer als de aan de Nederlandse rechter voorgelegde problematiek in feite dezelfde is als die waarover het EHRM heeft geoordeeld. Het oordeel van het EHRM over schendingen van art. 6 EVRM dan wel artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (hierna: Eerste Protocol) waar geklaagd wordt over inadequate procesrechtelijke voorzieningen is, volgens vaste jurisprudentie (zie bijv. EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994/534 en EHRM 4 juni 2013, 7963/05), een oordeel over de rechtsgang als geheel

dan wel over de bestaande processuele mogelijkheden in een bepaald concreet geval, waarbij alle omstandigheden in onderlinge samenhang worden gezien. Aan de meer op de materiële effecten gerichte toetsing door het EHRM aan art. 1 Eerste Protocol (zie bijv. EHRM 4 maart 2014, EHRC 2014/145), waar evenzeer alle omstandigheden in het voorgelegde geval worden gewogen, komt eveneens door de Nederlandse rechter te respecteren gezag toe.

4.19.1. De belangrijkste overwegingen van het EHRM houden, kort en zakelijk samengevat, in dat het EHRM een schending heeft vastgesteld van art. 6 EVRM en van art. 1 Eerste Protocol als het gaat om bepaalde aspecten van de fiscale procedures. Voor het overige zijn de klachten van Yukos Oil ongegrond verklaard. De vraag naar de verenigbaarheid van de faillissementsprocedure als zodanig met het EVRM en het Eerste Protocol lag aan het EHRM niet voor.

4.19.2. Het EHRM heeft voor zover van belang als volgt overwogen:

"II. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 6 OF THE CONVENTION

527. The Court notes that in the admissibility decision in this case it has established that Article 6 applied under its criminal head to the 2000 Tax Assessment proceedings and has declared admissible the company's grievances that:

(1) the Ministry had brought the action in these proceedings within the grace period:

(2) the time to prepare for trial had been too short:

(3) its lawyers could not obtain from the Ministry answers to all the questions they wished to ask in the hearings before the first-instance court and the first-instance court pronounced its judgment without having studied all the evidence;

(4) the statutory time-limit for appeal had been unjustifiably abridged;

(5) and that the appeal court had delayed the delivery of the reasons for its judgment thereby preventing the applicant company from lodging a cassation appeal.

(...) the question which must be answered is rather whether the proceedings as a whole were fair (...).

2. The complaint about the allegedly insufficient time for preparation of the defence at first instance

536. The Court notes that it is common ground between the parties that during the first-instance proceedings the applicant company did not have access to the documents in the court file, other than the report of 29 December 2003, the decision of 14 April 2004 and their annexes, until 17 May 2004 when the Ministry invited the company's lawyers to study the documents at its premises (...). It is also undisputed that the hearings in the case commenced on 21 May 2004, which is four working days later, and the evidence at issue amounted to at least 43,000 pages (see paragraphs 44 and 46). It is also not in dispute that on a few occasions the applicant company requested to adjourn the hearings referring to, among other things, their wish to study the evidence in the case, and that these requests were turned down by the trial court as unfounded (...).

537. The Court further notes that according to the applicant company this period was manifestly short, whilst the Government argued with reference to the sequence of the events in the proceedings and the applicant company's conduct that it had no real need to study these documents since the documents came from the company itself and it was entirely familiar with them. The Government also argued that the appeal

hearing constituted a de novo examination of the case and that by then the applicant company had had a perfectly adequate opportunity to familiarise itself with the evidence at issue.

(...)

539. Turning to the case at hand, the Court observes that the Ministry's claims to the applicant company in respect of the year 2000 were based on the audit report of 29 December 2003, which became available to the applicant company on the same date and was later used in the decision of 14 April 2004, served on the applicant on 15 April 2004. It is true that these two documents were very detailed, and contained the attachments to substantiate the Ministry's position, and that the applicant company had on a few occasions opportunity to contest them. The fact remains, however, that the object of the trial court's examination during the hearings of 21 to 26 May 2004 was neither the audit report of 29 December 2003 and the decision of 14 April 2004 as such, nor the copies of the documents allegedly already in possession of the applicant company, but rather the Ministry's court claims based on the above-mentioned two documents and the additional body of evidence filed by the Ministry and comprising at least 43,000 pages. It is clear to the Court that in order to provide the applicant company with an adversarial trial and "adequate time and facilities for the preparation of [its] defence" the applicant company should have been given an adequate opportunity to study the entirety of these documents and, more generally, to prepare for the hearings of the merits of the case on reasonable terms.

540. Having regard to the parties' arguments and the circumstances of the case, the Court is of the view that the trial court failed to reach this objective, as the mere four days during which the applicant company could have access to the case materials were insufficient for the applicant company to prepare properly, (...)

541. Overall, the Court is of the view that the applicant company did not have sufficient time to study the case file before the first instance hearings.

(...)

4. The complaints about the early beginning of the appeal hearings

544. The Court observes that under Articles 257 and 259 of the Code of Commercial Court Procedure a party has thirty days to file its appeal (...). It further notes that the full text of the first-instance judgment of 26 May 2004 became available to the parties on 28 May 2004 and that, despite the applicant company's requests for adjournment, the appeal hearing in the case commenced on 18 and lasted until 29 June 2004

(...)

548. Overall, the Court finds that the early beginning of the appeal hearing impeded the applicant company's ability to prepare and present properly its case on appeal.

(...)

550. Overall, the Court concludes that there is no indication of unfairness within the meaning of Article 6 on account of the alleged restrictions on the applicant company's access to the cassation instance.

6. Conclusion

551. Having regard to the above, the Court finds that the applicant company's trial did not comply with the procedural requirements of Article 6 of the Convention for the following reasons: the applicant company did not have sufficient time to study the case file at first instance, and the early beginning of the hearings by the appeal court unjustifiably restricted the company's ability to present its case on appeal. The Court

finds that the overall effect of these difficulties, taken as a whole, so restricted the rights of the defence that the principle of a fair trial, as set out in Article 6, was contravened. There has therefore been a violation of Article 6 § 1 of the Convention, taken in conjunction with Article 6 § 3 (b).

III. ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 1 OF PROTOCOL No. 1,

(...)

555. The Court notes that between December 2003 and January 2005 the domestic authorities subjected the applicant company to a number of measures in connection with its alleged failure to pay the correct amount of tax for the years 2000-2003. In particular, as a result of the Tax Assessment proceedings the applicant company was found guilty of repeated tax fraud and was ordered to pay an overall sum of at least RUB 572 billion (around EUR 16 billion) in outstanding taxes, default interest and penalties. In the enforcement proceedings, simultaneously conducted, the applicant company was ordered to pay an additional 7% enforcement fee on the overall amount of the debt, its assets were attached and seized, whilst 76.79 percent of shares in its main production unit, OAO Yuganskneftegaz, were sold in satisfaction on the mentioned liability.

(...)

A. The complaints about the Tax Assessments 2000-2003

558. (...)

In so far as the tax sphere is concerned, the Court's well-established position is that States may be afforded some degree of additional deference and latitude in the exercise of their fiscal functions under the lawfulness test (...) and that, in view of the complexity of the relevant field of regulation, corporate entities, as opposed to individual taxpayers, may be required to act with additional caution and diligence by consulting competent specialists in this sphere (...).

560. The applicant company argued in respect of the Tax Assessment 2000 that prosecution for tax evasion had been time-barred. Furthermore, it also argued that the decisions in question had been generally unlawful in that they had not been based on any reasonable and foreseeable interpretation of the domestic law, for which reason there had been no basis in law to impose taxes, double fines or to deny the repayment of VAT in respect of the export of oil and oil products. The applicant company also complained that it had been the first entity ever to have been punished for the tax optimisation scheme, hitherto generally tolerated.

(...)

574. Overall, notwithstanding the State's margin of appreciation in this sphere, the Court finds that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 on account of the change in interpretation of the rules on the statutory time-bar resulting from the Constitutional Court's decision of 14 July 2005 and the effect of this decision on the outcome of the Tax Assessment 2000 proceedings.

575. Since the applicant company's conviction under Article 122 of the Tax Code in the 2000 Tax Assessment proceedings laid the basis for finding the applicant company liable to a repeated offence with a 100% increase in the amount of the penalties due in the 2001 Tax Assessment proceedings, the Court also finds that the 2001 Tax Assessment in the part ordering the applicant company to pay the double fines was not in accordance with the law, as required by Article 1 of Protocol No. 1.

(...)

605. Overall, the Court finds that, in so far as the applicant company's argument about the allegedly unreasonable and unforeseeable interpretation of the domestic law in the Tax Assessments 2000-2003 is concerned, the Tax Assessments 2000-2003 complied with the requirement of lawfulness of Article 1 of Protocol No. 1.

(b) Whether the Tax Assessments 2000-2003 pursued a legitimate aim and were proportionate

606. The Court is satisfied that, subject to its findings in respect of the lawfulness of fines for the years 2000 and 2001 made earlier, each of the Tax Assessments 2000-2003 pursued a legitimate aim of securing the payment of taxes and constituted a proportionate measure in pursuance of this aim. The tax rates as such were not particularly high and given the gravity of the applicant company's actions there is nothing in the case file to suggest that the rates of the fines or interest payments can be viewed as having imposed an individual and disproportionate burden, as such, on the applicant company (...).

(c) Conclusion concerning the compliance with Article 1 of Protocol No. 1 as regards the Tax Assessments 2000-2003

607. Overall, the Court finds that there has been a violation of Article 1 of Protocol No. 1 on account of the 2000-2001 Tax Assessments in the part relating to the imposition and calculation of penalties. Furthermore, the Court finds that there has been no violation of Article 1 of Protocol No. 1 as regards the rest of the 2000-2003 Tax Assessments.

2. Compliance with Article 14, taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1

(...)

616. The Court concludes that, in so far as the complaint about discriminatory treatment is concerned, there has been no violation of Article 14 of the Convention, taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

(...)

C. The complaint about the Government's intentions in the tax and enforcement proceedings against the applicant company

659. The Court notes that, in addition to various specific grievances about the tax and enforcement proceedings already mentioned above, the applicant company also argued that the overall effect of these proceedings showed that the Government had brought and conducted the proceedings with the intent to destroy the company and to take control of its assets.

(...)

665. Regard being had to the case file and the parties' submissions, including the applicant company's references to the allegedly political motivation behind the prosecution of the applicant company and its owners and officials, the Court finds that it is true that the case attracted massive public attention and that comments of different sorts were made by various bodies and individuals in this connection. The fact remains, however, that those statements were made within their respective context and that as such they are of little evidentiary value for the purposes of Article 18 of the Convention. Apart from the findings already made earlier, the Court finds no indication of any further issues or defects in the proceedings against the applicant company which would enable it to conclude that there has been a breach of Article 18 of the Convention on account of the applicant company's claim that the

State had misused those proceedings with a view to destroying the company and taking control of its assets.

666. To sum up, the Court finds that there has been no violation of Article 18 of the Convention, taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, on account of the alleged disguised expropriation of the company's property and the alleged intentional destruction of the company itself."

4.19.3. Het EHRM heeft de begroting van de te vergoeden schade aangehouden en daarover beslist in het arrest van 15 december 2014 (het *just satisfaction* arrest). Dat arrest houdt, kort samengevat, in dat er onvoldoende causaal verband is tussen de vastgestelde schending van art. 6 EVRM en de gevorderde schadevergoeding, doch dat de schending van artikel 1 Eerste Protocol wel voor vergoeding in aanmerking komende schade heeft veroorzaakt. Het luidt voor zover van belang als volgt:
"(...) assesses the amount of pecuniary damage to the applicant company resulting from the violation of Article 1 of Protocol No. 1 on account of the retroactive imposition of the penalties (...) and the payment of the enforcement fee on these unlawful penalties (...) for the years 2000 and 2001 at EUR 1,299,324,198. (...) In its principal judgement the Court did not conclude, as alleged by the applicant company, that the applicant company would have survived the enforcement proceedings had it not been for the aforementioned shortcomings in these proceedings. Therefore, the Court cannot accept the applicant company's claim in full (...)."
Het EHRM heeft in totaal in hoofdsom een bedrag van € 1.866.104.634 toegewezen.

4.20. Uit de arresten volgt dat het feitenmateriaal dat aan het EHRM was voorgelegd en de kwesties waarover het moest beslissen weliswaar ten dele, maar niet geheel gelijk waren aan het feitenmateriaal en de onderwerpen in de onderhavige zaken. De klachten van Yukos Oil waarover het EHRM zich gebogen heeft waren beperkter en zagen op een kortere periode dan in het onderhavige geding; met name de aanslagen over het belastingjaar 2004, de afwikkeling van het faillissement en hetgeen daarmee samenhang dan wel daaruit is voortgevloeid, zoals de verkoop van de aandelen in Yukos Finance, vielen daarbuiten. Ook het alsnog indienen van verzoeken tot het verlenen van vrijstelling/toepassen van het nul-tarief in het kader van de Russische belasting op omzet/toegevoegde waarde (hierna: BTW) door Yukos Oil viel daarbuiten. Het EHRM noemt weliswaar de opmerking die daarover ter zitting is gemaakt (rov. 602 van het arrest van 20 september 2011, zie hierna), maar heeft kennelijk geen acht geslagen of kunnen slaan op de relevante stukken en de beslissingen van de Russische autoriteiten daaromtrent.

4.21. Voorts is het vaste jurisprudentie van het EHRM (zie bijv. EHRM 27 oktober 1993, NJ 1994/534 en EHRM 5 juli 2007, EHRC 2007/115) dat hij zich niet inlaat met bewijslevering en evenmin met de gevolgen die aan door hem vastgestelde schendingen of het ontbreken daarvan in de rechtsorde van de Verdragsstaten, met inachtneming van het eigen nationale recht, moeten worden verbonden. Dat is aan de rechter in de desbetreffende staat.

4.22. Aan de beslissingen van het EHRM betreffende de fiscale procedures en invorderingsmaatregelen komen in het kader van de in dit geding te verrichten

openbare orde-toets groot gewicht toe waar deze zijn gebaseerd op feitenmateriaal dat gelijk is aan hetgeen in de onderhavige zaken voorligt. Voor zover er in deze procedure meer of ander feitenmateriaal is overgelegd ligt dit genuanceerder. In dat geval zal het hof immers dienen na te gaan of het aanvullend materiaal grond biedt voor het oordeel dat er toch sprake is van schendingen van art. 6 EVRM en/of art. 1 Eerste Protocol waar het EHRM deze niet heeft aangenomen. Ook is denkbaar dat daaruit volgt dat een wel geconstateerde schending op zodanige wijze is gecompenseerd/hersteld dat daaraan voor de in dit geding te beantwoorden vraag geen relevante betekenis meer toekomt. Bij die beoordeling dient het hof zich uiteraard mede te laten leiden door de jurisprudentie van het EHRM in het algemeen. Vervolgens zal het hof dienen te onderzoeken wat van de vastgestelde schendingen in het onderhavige geding naar Nederlands recht de gevolgen zijn.

Niet-uitputting van rechtsmiddelen

4.23.1. De eerste vraag die moet worden beantwoord ziet op de gevolgen die moeten worden verbonden aan het op zichzelf niet in geschil zijnde feit dat in de Russische procedures niet alle beschikbare rechtsmiddelen zijn benut. Met name zijn in de fase voor het faillissement niet alle rechtsmiddelen uitgeput en is geen cassatie ingesteld tegen het faillissementsvonnis, niet door Yukos Oil en evenmin door haar aandeelhouders, hoewel dat wel mogelijk was geweest naar Russisch recht. Het is immers vaste jurisprudentie dat van degene die meent dat hem het recht op een eerlijk proces is onthouden geëist mag worden dat hij alle rechtsmiddelen aanwendt die hem ten dienste staan, mits deze geacht kunnen worden daadwerkelijk tot heroverweging en dus tot een *effective remedy* te kunnen leiden.

4.23.2. Bij het EHRM is dit aspect aan de orde geweest, doch alleen in het kader van de fiscale procedure en de getroffen executie- en invorderingsmaatregelen behandeld, in de paragraaf die betrekking heeft op de gestelde schending van, onder meer, art. 1 Eerste Protocol. Het EHRM heeft bij de ontvankelijkheidsbeslissing (art. 35 EVRM) beslist om de definitieve beoordeling op dit punt uit te stellen tot de beslissing *on the merits*, dat wil zeggen het uiteindelijke inhoudelijke arrest. De relevante overwegingen in dat arrest luiden:

“641. (...) The Court would note, however, that given the circumstances of the applicant company's tax case, its overall situation at the relevant time, the applicable domestic law and the courts' responses to the arguments put forward by the applicant company in those proceedings, it is clear that both the attachment order of 15 April 2004 and the subsequent seizure orders of 1 and 14 July 2004 have been properly examined and confirmed by the domestic courts at various levels of jurisdictions and it does not appear that the applicant company's complaints in this connection had any additional prospects of success, had the company not omitted the above-mentioned judicial instances. (...)

In this connection, the Court would note that the applicant company clearly exhausted the available domestic remedies as regards the seizure and the subsequent measures leading to the eventual sale of OAO Yuganskneftegaz (...), and it is also clear that the relevant domestic law specifically disallowed the courts to rearrange or otherwise postpone the repayment of the debt (...)

Overall, it is clear to the Court that the applicant company used all the remedies that it could reasonably be expected to use in connection with this part of the application. (...)

644. Thus, the Court finds that the applicant company has complied with the requirement to exhaust domestic remedies in respect of this part of the application and dismisses the Government's preliminary objection accordingly. (...)"

4.23.3. Omtrent de faillissementsprocedure heeft dit hof in het arrest van 19 oktober 2010 overwogen (rov. 3.5.3):

"Het hof heeft feitelijk vastgesteld (onder 2.3.9) dat Rebgun na het instellen van hoger beroep tegen het Russische faillissementsvonnis het mandaat van de destijds voor Yukos Oil optredende advocaten heeft ingetrokken, waarna dat hoger beroep is behandeld zonder dat Yukos Oil was verschenen. Bij deze stand van zaken acht het hof aannemelijk dat, zoals Godfrey c.s. stellen, Yukos Oil geen reële mogelijkheid meer had om verdere rechtsmiddelen in te stellen teneinde de uitspraak waarbij zij in staat van faillissement was verklaard te doen vernietigen. De grief stuit daarop af." Daaraan is toegevoegd dat de mogelijkheid van de aandeelhouders om beroep in te stellen daaraan niet afdoet.

4.23.4. Die overweging ligt geheel in de lijn van de beoordelingswijze die het EHRM toepast, ook in de context van art. 6 EVRM. Anders dan Promneftstroy c.s. hebben aangevoerd, bestaat geen aanleiding om daarover thans anders te beslissen. Er is weliswaar niet eerder expliciet beslist omtrent de mogelijkheid voor de aandeelhouders om zelfstandig in de hoger beroep-fase op te komen tegen het faillissementsvonnis, maar het hof ziet niet in in welk opzicht dat wel een *effective remedy* zou hebben opgeleverd. Aangenomen dat er dan een beslissing genomen zou zijn nadat die aandeelhouders hun visie hadden kunnen geven, zou de faillissementsrechter bij zijn beslissing over de voorliggende vraag of Yukos Oil failliet verklaard diende te worden immers nog steeds gebonden zijn geweest aan de reeds door de fiscale rechters genomen en in kracht van gewijsde gegane beslissingen en de op grond daarvan vaststaande belastingschulden. Ook zou nog steeds de wens van de schuldeisers hebben voorgelegen om Yukos Oil te laten failleren en geen gebruik te maken van de andere mogelijkheden die het Russische recht biedt (zoals de acceptatie van de voorstellen van het bestuur van Yukos Oil). Aan de omstandigheid dat de rechtsmiddelen niet volledig zijn uitgeput komt in deze bijzondere situatie dan ook geen relevante betekenis toe.

Inhoudelijke toets met betrekking tot de fiscale procedures

4.24.1. Voor zover Godfrey c.s. en Misamore een integrale toetsing van de Russische fiscale procedures door dit hof voorstaan voeren Promneftstroy c.s. terecht aan dat daarvoor in dit kader (de 'erkenning' van het faillissementsvonnis) geen ruimte bestaat, laat staan in dit stadium (na uitspraken van het EHRM en verwijzing door de Hoge Raad). Het hof blijft erbij *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 (zie rov. 5.4.2 van het tussenarrest van dit hof van 21 juni 2016). Het hof beoordeelt nu slechts of, mede in het licht van gegevens waarover het EHRM niet beschikte, dergelijke schendingen zijn vast te stellen.

4.24.2. Het gaat hierbij blijkens de stellingen van Godfrey c.s. en Misamore in de kern om vier aspecten, te weten: de door Yukos Oil mogelijk ontdoken winstbelasting, de mogelijk ten onrechte niet afgedragen BTW, de wegens overtreding van de belastingregels opgelegde boetes en ten slotte de (wijze en het tempo van) inning van de aldus door Yukos Oil op grond van fiscaalrechtelijke beslissingen verschuldigde bedragen en de executieveiling van OAO Yuganskneftegaz (hierna: YNG).

De winstbelasting

4.25. De stelling van Godfrey c.s. en Misamore dat van belastingontduiking ter zake van de winstbelasting geen sprake is geweest, omdat Yukos Oil toegestaan gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheden van in bepaalde regio's (in het bijzonder Mordovië) bestaande gunstige belastingregels, wordt niet gebaseerd op nieuwe gegevens ten opzichte van het, uit de arresten van het EHRM en het procesdossier van het hof kenbare dossier van het EHRM. Godfrey c.s. en Misamore stellen dat het EHRM de beschikbare gegevens, anders dan de door hen genoemde arbitrale colleges, niet goed heeft onderzocht en evenmin juist heeft gewaardeerd.

Niet in geschil is dat aan de bedoelde arbitrale vonnissen (die overigens inmiddels vernietigd zijn wegens onbevoegdheid van de arbiters) geen gezag van gewijsde in deze procedure toekomt. Die vonnissen hebben hoogstens vrije bewijskracht. Voor zover Godfrey c.s. en Misamore met hun uitvoerige verwijzingen naar die arbitrale vonnissen hebben bedoeld te stellen dat aan vaststelling van enig feit door de arbiters in die vonnissen de betekenis toekomt dat dat feit in deze procedure als vaststaand kan worden aangemerkt, wordt die stelling niet gevolgd.

4.26. In de Russische Federatie is tot in hoogste instantie over deze kwestie geprocedeerd. Het EHRM heeft daaraan vele overwegingen gewijd, waarbij de situatie grondig is onderzocht. Concluderend overweegt het EHRM daarover dat op dit punt geen sprake is van willekeurige of onredelijke beslissingen en dat van schending van het EVRM en bijbehorend Eerste Protocol (behoudens met betrekking tot de reeds genoemde punten op procedureel gebied) geen sprake is geweest. De relevante overwegingen luiden:

“ii. The allegation that the Tax Assessments 2000-2003 had not been based on a reasonable and foreseeable interpretation of the domestic law

(...)

589. Turning to the first question, the Court would note at the outset that the applicant company disputed the findings of the domestic courts concerning the nature of relations between the applicant company and its trading entities. In view of its conclusion that the tax assessment proceedings in respect of the year 2000 did not comply with the requirements of Article 6 §§ 1 and 3 (b) of the Convention, the Court is required to decide whether the factual assessments made by the domestic courts could be used for the purposes of its legal analysis under Article 1 of Protocol No. 1.

In this respect, the Court reiterates that according to its well established case-law it is not its task to take the place of the domestic courts, which are in the best position to assess the evidence before them and establish the facts. The Court will not, in principle, intervene, unless the decisions reached by the domestic courts appear arbitrary or manifestly unreasonable (...) or if the court decisions have been issued in "flagrant denial of justice"

(...)

the Court has little doubt that the factual conclusions of the domestic courts in the Tax Assessment proceedings 2000-2003 were sound. The factual issues in all of these proceedings were substantially similar and the relevant case files contained abundant witness statements and documentary evidence to support the connections between the applicant company and its trading companies and to prove the sham nature of the latter entities (...). The applicant company itself did not give any plausible alternative interpretation of this rather unambiguous evidence, as examined and accepted by the domestic courts.

591. From the findings of the domestic courts and the parties' explanations, the Court notes that the company's "tax optimisation techniques" applied with slight variations throughout 2000-2003 consisted of switching the tax burden from the applicant company and its production and service units to letter-box companies in domestic tax havens in Russia.

These companies, with no assets, employees or operations of their own, were nominally owned and managed by third parties, although in reality they were set up and run by the applicant company itself. In essence, the applicant company's oil-producing subsidiaries sold the extracted oil to the letter-box companies at a fraction of the market price. The letter-box companies, acting in cascade, then sold the oil either abroad, this time at market price or to the applicant company's refineries and subsequently rebought it at a reduced price and re-sold it at the market price. Thus, the letter-box companies accumulated most of the applicant company's profits. Since they were registered in domestic low-tax areas, they enabled the applicant company to pay substantially lower taxes in respect of these profits. Subsequently, the letter-box companies transferred the accumulated profits unilaterally to the applicant company as gifts. The Court observes that substantial tax reductions were only possible through the mixed use and simultaneous application of at least two different techniques. The applicant company used the method of transfer pricing, which consisted of selling the goods from its production division to its marketing companies at intentionally lowered prices and the use of sham entities registered in the domestic regions with low taxation levels and nominally owned and run by third persons (...).

592. The domestic courts found that such an arrangement was at face value clearly unlawful domestically, as it involved the fraudulent registration of trading entities by the applicant company in the name of third persons and its corresponding failure to declare to the tax authorities its true relation to these companies (...). This being so, the Court cannot accept the applicant company's argument that the letter-box entities had been entitled to the tax exemptions in question. For the same reason, the Court dismisses the applicant company's argument that all the constituent members of the Yukos group had made regular tax declarations and had applied regularly for tax refunds and that the authorities were thus aware of the functioning of the arrangement. The tax authorities may have had access to scattered pieces of

information about the functioning of separate parts of the arrangement, located across the country, but, given the scale and fraudulent character of the arrangement, they certainly could not have been aware of the arrangement in its entirety on the sole basis on the tax declarations and requests for tax refunds made by the trading companies, the applicant company and its subsidiaries.

593. The arrangement was obviously aimed at evading the general requirements of the Tax Code, which expected taxpayers to trade at market prices (...), and by its nature involved certain operations, such as unilateral gifts between the trading companies and the applicant company through its subsidiaries, which were incompatible with the rules governing the relations between independent legal entities (...)

Thus, the Court cannot agree with the applicant company's allegation that its particular way of "optimising tax" had been previously examined by the domestic courts and upheld as valid or that it had used lawful "tax optimisation techniques" which were only subsequently condemned by the domestic courts. The above considerations are sufficient for the Court to conclude that the findings of the domestic courts that applicant company's tax arrangements were unlawful at the time when the company had used them, were neither arbitrary nor manifestly unreasonable.

595. The Court will now turn to the question whether the legal basis for finding the applicant company liable was sufficiently accessible, precise and foreseeable. (...) the domestic courts essentially reasoned as follows. The courts established that the trading companies had been sham and had been entirely controlled by the applicant company and accordingly reclassified the transactions conducted by the sham entities as transactions conducted in reality by the applicant company.

596. The courts first decided that the transactions of the sham entities failed to meet the requirements of Article 39 of the Tax Code defining the notion of a sales operation (...) as well as Article 209 of the Civil Code describing essential characteristics of an owner of goods (...). In view of the above and relying on Article 10 (3) of the Civil Code which established a refutable presumption of good faith and reasonableness of actions of the parties in commercial transactions (...), the courts then changed the characterisation of the sales operations of the sham entities. They decided that these were in reality conducted by the applicant company and that it had been incumbent on the latter to fulfil the corresponding obligation to pay various taxes on these activities. Finally, the courts noted that the setting up and running of the sham arrangement by the applicant company resulted in an understating of the taxable base of its operations and, as a consequence, the intentional non-payment of various taxes, which was punishable as a tax offence under Article 122 of the Tax Code (...).

597. Having regard to the applicable domestic law, the Court finds that contrary to the applicant company's assertions, it is clear that under the then rules contractual arrangements made by the parties in commercial transactions were only valid in so far as the parties were acting in good faith and that the tax authorities had broad powers in verifying the character of the parties' conduct and contesting the legal characterisation of such arrangements before the courts. This was made clear not only by Article 10 (3) of the Civil Code relied on by the domestic courts in the Tax Assessment proceedings, but also by other relevant and applicable statutory provisions which were available to the applicant company and other taxpayers at the time. Thus, Article 45 (2) 3 of the Tax Code explicitly provided the domestic courts with the power to change the legal characterisation of transactions and also the legal

characterisation of the status and activity of the taxpayer, whilst section 7 of the Law on the Tax Authorities of the Russian Federation granted the right to contest such transactions to the tax authorities (...). In addition, the caselaw referred to by the Government indicated that the power to recharacterise or to cancel bad faith activities of companies existed and had been used by the domestic courts in diverse contexts and with varying consequences for the parties concerned since as early as 1997 (...) 599. Overall, having regard to the margin of appreciation enjoyed by the State in this sphere and the fact that the applicant company was a large business holding which at the relevant time could have been expected to have recourse to professional auditors and consultants (...), the Court finds that there existed a sufficiently clear legal basis for finding the applicant company liable in the Tax Assessments 2000-2003. (...)"

4.27. Het hof schaaft zich achter die conclusie. Het onderzoek van het EHRM betreft voor zover kenbaar dezelfde gegevens als die aan dit hof zijn voorgelegd. Er is door het EHRM vastgesteld en toegelicht dat sprake is geweest van grootschalige en langdurige belastingontduiking ter zake van de winstbelasting met gebruikmaking van juridische entiteiten zonder werkelijke activiteiten (de *sham entities*, hierna ook schijnvennootschappen genoemd), die slechts dienden om de handelwijze van Yukos Oil te faciliteren en te verhullen. Aangenomen moet derhalve worden dat de Russische fiscale en rechterlijke autoriteiten Yukos Oil de belastingaanslagen in kwestie konden en mochten opleggen respectievelijk in stand laten en dat daaraan in zoverre voor de toets die in deze procedure moet plaatsvinden (zie hiervoor rov. 4.14.1-4.14.3) geen betekenis kan worden toegekend.

De Russische omzetbelasting (BTW)

4.28. Aangaande de BTW-aanspraken jegens Yukos Oil en de tot haar concern behorende vennootschappen hebben Godfrey c.s. en Misamore gesteld (Nadere memorie 19 januari 2010, randnummer 189): *“Eerst werd door de productiemaatschappijen de olie uit de bodem gehaald. Deze ruwe olie werd verkocht aan de handelsvennootschap. Over deze transactie werd BTW in rekening gebracht, die door de handelsvennootschap (als afnemer) werd betaald en door de productiemaatschappij (als leverancier) werd afgedragen. Vervolgens liet de handelsvennootschap de ruwe olie raffineren en bewerken tot olieproducten door een van de raffinaderijen in de groep. Voor die raffinage en bewerking betaalde de handelsvennootschap een vergoeding aan de raffinaderij, en ook over die transactie wordt BTW in rekening gebracht, die door de handelsvennootschap (als afnemer) werd betaald en door de raffinaderij (als leverancier) werd afgedragen. Vervolgens verkocht de handelsvennootschap de olieproducten aan het buitenland; over die transactie was geen (dan wel 0%) BTW verschuldigd. De exporterende handelsvennootschap kon echter wel de door haar aan haar wederpartijen betaalde BTW terugvorderen (in voorafstrek brengen). Daartoe was vereist het bewijs enerzijds dat de betreffende verkopen niet aan BTW-heffing onderhevig waren (respectievelijk onder het 0% tarief vielen), en anderzijds dat over de inkopen BTW was afgedragen. De handelsvennootschappen waren derhalve netto BTW-ontvangers. Gezien de grote bedragen waarom het ging moest de toestemming voor de teruggaven door de centrale belastingdienst worden gegeven.”*

In dit randnummer is verder vermeld dat maandelijks om teruggave van afgedragen BTW werd verzocht. Nu dit feitelijk relaas niet is betwist staat het vast.

Een zeer groot deel van de vordering van de Russische fiscus bestond niet uit winstbelasting, maar uit BTW (ruim US\$ 13 miljard, inclusief boetes, derhalve circa 55% van de totale belastingvordering) over de ruwe olie en/of de na raffinage en bewerking verkregen producten (hierna tezamen als olieproducten aan te duiden). De achtergrond van deze vordering was dat de Russische belastingautoriteiten de verkoop en levering van olieproducten naar het buitenland door de schijnvennootschappen aan Yukos Oil heeft toegerekend, terwijl Yukos Oil niet op de geëigende wijze een verzoek tot vrijstelling/toepassing van het nultarief had ingediend.

4.29.1. Bij wijze van achtergrond is het volgende relevant. Zoals hiervoor reeds is overwogen staat vast dat destijds in de Russische Federatie, zoals ook in Nederland geldt en elders in Europa niet ongebruikelijk is, geen BTW verschuldigd was ten aanzien van de verkoop en levering van producten naar het buitenland. Om in de Russische Federatie de afgedragen BTW terug te ontvangen diende de betrokken verkoper (in casu de handels- of schijnvennootschap), met bijvoeging van bepaalde bewijsstukken en met inachtneming van diverse wettelijk voorgeschreven formaliteiten, maandelijks verzoeken tot teruggave van de - bij wege van voorheffing reeds betaalde - BTW in. De fiscus gaf dan, na controle van de formaliteiten en de stukken, aan de aanvrager de BTW terug. Per saldo ontving de Russische Federatie dus over die (export)transacties geen BTW.

4.29.2. Vast staat in dit geval, dat grote hoeveelheden olieproducten zijn uitgevoerd en dat de schijnvennootschappen daarvoor op de zojuist geschetste wijze formeel correct BTW-teruggaven hebben verzocht, welke verzoeken zijn gehonoreerd. Dat over die (export)transacties per saldo geen BTW betaald was, was geheel in overeenstemming met de werkelijke aard daarvan. Van BTW-fraude, bijvoorbeeld in de vorm van een carrousel (waar op frauduleuze wijze gebruik gemaakt wordt van vrijstelling/het nultarief voor verkoop aan het buitenland, terwijl er in feite geen export of verkoop en levering aan een buitenlandse koper plaatsvindt) was, naar niet in geschil is, geen sprake.

4.29.3. De Russische fiscus achtte echter de ontstane situatie in strijd met de Russische belastingregels, omdat de schijnvennootschappen de teruggaven van door hen afgedragen BTW hadden gevraagd en ook de daarmee gemoeide gelden hadden teruggekregen, terwijl zij spookentiteiten waren, waarachter Yukos Oil schuil ging. Het was immers in werkelijkheid Yukos Oil die in de olieproducten handelde. De schijnvennootschappen waren alleen ten tonele gevoerd om op de hiervoor besproken wijze de winstbelasting te ontduiken. De fiscus stelde zich daarom op het standpunt dat de verzoeken tot vrijstelling (over 2000), dan wel toepassing van het nultarief (over de jaren daarna, de belastingwetgeving was op dit punt gewijzigd), hierna samen aan te duiden als toepassing van het nultarief, achteraf gezien onjuist waren omdat zij niet door Yukos Oil waren ingediend. Toen Yukos Oil later, in 2004, alsnog verzoeken tot toepassing van het nultarief deed over de jaren 2000 tot en met 2003 had zij daarbij niet de vereiste facturen en andere stukken (met name (bank)bescheiden waaruit bleek dat voor de olieproducten was betaald en de olieproducten door haar waren

geleverd/geëxporteerd) gevoegd en ook had zij jaaropgaven in plaats van maandopgaven gedaan. Op grond hiervan concludeerden de fiscus en de aangezochte (belasting)rechters dat Yukos Oil geen recht op toepassing van het nultarief ten aanzien van de BTW had; zij moest de BTW waarvoor de diverse schijnvennootschappen over de betrokken jaren op basis van het nultarief waren aangeslagen alsnog betalen. Het saldo van de daarmee gemoeide bedragen vormt de BTW-schuld; deze is voorts nog aanzienlijk verhoogd met boetes, welke boetes in de latere jaren hoger waren in verband met, kort gezegd, opzet en/of recidive (oplopend tot 80% over 2004).

4.30. In de EHRM-procedure heeft het BTW-aspect slechts in zeer beperkte mate aandacht gekregen. De relevante overwegingen luiden:

"578. The applicant company further argued that the denial of tax benefits to the trading companies and the failure to repay VAT in respect of the export of oil and oil products had been unlawful and unsubstantiated. The applicant argued that the Ministry had known about all of the trading companies' transactions because of their monthly VAT returns and regular requests for tax refunds, and that since all of the traded oil had been for export and exempt from VAT its use of tax arrangements with the trading companies had not achieved any savings in this connection. Both in its initial application to the Court and in further submissions on the admissibility of the case, the applicant company expressed dissatisfaction with the domestic courts' refusal to recalculate the amount of the VAT due in the relevant Tax Assessment proceedings, purportedly as a result of the company's failure to file for VAT refunds in its own name. In its final submissions to the Court at the hearing on 4 March 2010, the company alleged that on 31 August 2004 it had filed the VAT exemption forms in its own name for each of the years 2000 to 2003.

(...)

585. As regards the VAT repayments, the Government insisted that the domestic law clearly adopted an approach whereby the owner of the goods in question should apply for any VAT reductions and relied on judgment no. 12-P of the Constitutional Court, dated 14 July 2003, and the extensive case-law of the commercial courts to substantiate their point. They also referred to rules in the UK and France to show that these countries used essentially the same approach in respect of VAT refunds. More generally, the Government also argued that the refusal to grant VAT repayment was a direct consequence of the company's own recklessness in operating its tax optimisation plans and that it had failed to make any attempts to comply with the legal requirements for VAT refunds even after the tax fraud had been exposed. The Government submitted that the applicant company had never made any applications for VAT refunds in its own name.

(...)

600. Lastly, the Court observes that the applicant company made a number of additional arguments under this head. In particular, it also alleged that there was no basis in law to deny the repayment of VAT in respect of the export of oil and oil products, that the domestic courts had failed to apply Articles 20 and 40 of the Tax Code, (...)

601. The Court notes that both Section 5 of Law no. 1992-1 of 6 December 1991 "On Value-Added Tax" governing the relevant sphere until 1 January 2001 as well as

Article 165 of the Tax Code applicable to the subsequent period provided unequivocally that a zero rate of value added tax in respect of exported goods and its refund could by no means be applied automatically, and that the company was required to claim the tax exemptions or refunds under its own name under the procedure set out initially in Letter no. B3-8-05/848, 04-03-08 of the State Tax Service of Russia and the Ministry of Finance and subsequently in Article 176 of the Tax Code to substantiate the requests in order to obtain the impugned refunds (...). In view of the above, the Court finds that the relevant rules made the procedure for VAT refunds sufficiently clear and accessible for the applicant company to be able to comply with it. 602. Having examined the case file materials and the parties' submissions, including the company's allegation made at the hearing on 4 March 2010 that it had filed the VAT exemption forms for each of the years 2000 to 2003 on 31 August 2004, the Court finds that the applicant company failed to submit any proof that it had made a properly substantiated filing in accordance with the established procedure, and not simply raised it as one of the arguments in the Tax Assessment proceedings, and that it had then contested any refusal by the tax authorities before the competent domestic courts (...).

The Court concludes that the applicant company did not receive any adverse treatment in this respect. (...)"

Bij de conclusie dat van schendingen van het EVRM (en het bijbehorende Eerste Protocol) geen sprake is geweest, heeft voor het EHRM kennelijk zwaar gewogen dat niet gebleken was dat Yukos Oil tijdig een ordentelijk gesubstantieerde aanvraag (voor toepassing van het nultarief in het kader van de BTW-heffing) had ingediend en vervolgens tegen een afwijzing daarvan in de Russische Federatie is opgekomen.

4.31. Godfrey c.s. en Misamore menen dat aldus oordelend het EHRM heeft miskend dat wel degelijk sprake was van strijd met het EVRM. Het gaat volgens hen niet aan om, terwijl het materiële resultaat geheel in overeenstemming is met de werkelijke situatie (geen BTW-inkomsten voor de Russische Federatie omdat de desbetreffende olieproducten geëxporteerd waren), toch Yukos Oil aan te spreken voor een BTW-schuld. Omdat bij de vennootschappen in kwestie in het kader van de winstbelasting een *substance over form* aanpak was gehanteerd kon de fiscus niet hier een *form over substance* benadering kiezen. Dat geldt te meer omdat de autoriteiten wisten dat Yukos Oil achteraf niet in staat was nog correcte verzoeken in te dienen, omdat de in te dienen bewijsstukken (koopovereenkomsten, facturen en bankbescheiden) niet op haar naam maar op naam van de vennootschappen in kwestie stonden. De Russische rechter had in elk geval kunnen (en moeten) ingrijpen, want in de Russische jurisprudentie was al eerder aanvaard dat in gevallen waar vast stond dat geen BTW verschuldigd was een minder formele benadering geïndiceerd kon zijn (zie hierna onder 4.35.5), aldus Godfrey c.s. en Misamore.

4.32. Promneftstroy c.s. stellen zich op het standpunt dat er geen reden is om af te wijken van het oordeel van het EHRM. De BTW kent zowel in de Russische Federatie als in andere landen, zoals Nederland, een uitermate formalistische benadering, die rechtstreeks samenhangt met de aard van die (fraudegevoelige) belasting. Dat Yukos Oil zich aan de toepasselijke formaliteiten niet had gehouden in die zin dat zij de (aangiften en) aanvragen niet op haar eigen naam had gezet was haar eigen keuze,

aldus wilde zij kennelijk de constructie met de schijnvennootschappen verborgen (blijven) houden. Die lijn heeft Yukos Oil lang na ontdekking van de fraude nog voortgezet. De herstelaanvragen heeft zij pas in 2004 en ook nog foutief gedaan. Er was dan ook, in het kader van een eerlijk proces, geen reden om Yukos Oil ter wille te zijn. Dat gebeurde in andere Russische procedures, jegens andere belastingplichtigen, ook niet, aldus Promneftstroy c.s.

4.33.1. In geval van toetsing aan artikel 1 Eerste Protocol gaat het EHRM na of een door de Staat getroffen maatregel (i) berust op een deugdelijke en voorzienbare wettelijke basis, (ii) deze een legitiem doel in het algemeen belang dient en (iii) gegeven de omstandigheden proportioneel is. In kwesties die belastingheffing en -inning betreffen wordt deze relatief terughoudende toets sterker begrensd door het bepaalde in de laatste zin van bedoeld artikel die luidt: *The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.* Zoals blijkt uit rov. 558 van het EHRM-arrest van 20 september 2011 (zie hiervoor onder 4.19.2) leidt dit er toe dat met name waar het de 'lawfulness' (het onder i bedoelde vereiste) betreft, de desbetreffende Staat een ruimere beoordelingsmarge wordt toegestaan.

4.33.2. Voor de Nederlandse rechter die de rechtspleging en het handelen van de fiscale autoriteiten toetst behoeven de beperkingen die dit toetsingskader meebrengt niet zonder meer die (versterkte) begrenzende rol te spelen, maar het EHRM houdt zich daaraan. Die algemene positie van het EHRM is voor dit hof in het arrest van 19 oktober 2010 aanleiding geweest om in rov. 3.6.7 en 3.6.8 alvast de gevolgen die aan het oordeel van het EHRM kunnen worden verbonden te bespreken. In dat kader is overwogen dat de enkele omstandigheid van ongegrond verklaring van een klacht door het EHRM (omtrent schending van art. 6 EVRM en/of art. 1 Eerste Protocol) in verband met die insteek van het EHRM niet uitsluit dat dit hof vaststelt dat toch geen behoorlijke rechtspleging (in ruime zin) heeft plaatsgevonden.

4.34. Voor de bepaling van de aan de uitspraken van de EHRM op het punt van de BTW toe te kennen betekenis is derhalve naast het al dan niet gelijke feitensubstraat (zie rov. 4.22), waarop hierna zal worden ingegaan, van belang hoezeer de door het EHRM verrichte toets ratione materiae aan beperkingen onderhevig is geweest. Aangenomen moet worden dat het EHRM op het punt van de BTW in voormelde zin terughoudend heeft getoetst, terwijl naar Nederlands recht de beginselen van behoorlijke rechtspleging, zowel in materiële als formele zin, evenzeer van toepassing zijn als het gaat om procedures met betrekking tot (heffing van) belastingen als hier aan de orde.

4.35.1. Wat het feitenmateriaal aangaande de BTW-heffing betreft kan het hof niet anders concluderen dan dat dit in dit geding (aanzienlijk) uitgebreider is dan hetgeen dienaangaande aan het EHRM is voorgelegd. Het hof overweegt omtrent dit feitenmateriaal als volgt.

4.35.2. Hoewel het niet aan dit hof is om (voor zover daarvoor in processueel opzicht de ruimte zou bestaan, zie rov. 4.24.1) de beslissingen van de Russische belastingrechters ten gronde en uitputtend te onderzoeken en evenmin om in detail op de Russische belastingwet en -jurisprudentie over de hier aan de orde zijnde materie in te gaan, is voor de daaraan wel te wijden beschouwing van belang dat Promneftstroy c.s. en Godfrey c.s. zich voor hun tegengestelde standpunten ieder beroepen op deskundigenrapporten, Godfrey c.s. op drie rapporten van D.P. Holiner, advocaat in de Russische Federatie en in het Verenigd Koninkrijk en gespecialiseerd in het Russische belastingrecht (hierna: Holiner) alsmede op een rapport van prof. P.B. Stephan, hoogleraar Russisch- en Sovjetrecht (hierna: Stephan), en Promneftstroy c.s. op twee rapporten van M.A. Sokolova, accountant (bij onder meer Ernst & Young) en eveneens gespecialiseerd in het Russische belastingrecht (hierna: Sokolova).

4.35.3. Deze experts zijn het erover eens dat voor toepassing van het nultarief in geval van export (naar buiten de Russische Federatie) van de betrokken zaken, uitgebreide en strikte regels en formaliteiten gelden (neergelegd in art. 165 Russische Tax Code, respectievelijk voor 2001 in de USSR wet 1992-1, art 5 (1) a). Vastgesteld wordt dat dit soort BTW-teruggaven notoir fraudegevoelig zijn, hetgeen niet alleen in de Russische Federatie, maar ook in andere landen geldt. Zij zijn het er ook over eens dat voor een dergelijke teruggave een verzoek gedaan moet worden, dat deze verzoeken normaliter per maand of kwartaal gedaan worden en dat, uiteindelijk, Yukos Oil zelf een dergelijk verzoek heeft gedaan.

4.35.4. Sokolova verdedigt op basis van die uitgangspunten en het dossier van Yukos Oil vervolgens de opvatting dat de Russische autoriteiten, zowel de fiscus als de rechter, de beslissingen hebben genomen die gezien de stand van het Russische recht te verwachten en juist waren. Bij het verzoek en de opgave van Yukos Oil in 2004 waren niet de juiste documenten gevoegd. Voorts was sprake van een opgave per jaar (in plaats van per maand of kwartaal), zodat het voor de Russische autoriteiten erg lastig was om het verzoek om teruggave te vergelijken met de administratieve gegevens; daarmee hoefde geen genoegen te worden genomen en dat werd en wordt ook in andere gevallen niet geaccepteerd. Er is inderdaad een formeel oordeel geveld, maar dat is en was ook toen in geval van het tegengaan van fraude naar Russisch recht toegestaan en gebruikelijk. Zij verwijst naar een aantal beslissingen, onder meer een beslissing van 7 juni 2005 van de Federal Arbitrazh Court of the Moscow Region (productie 42 bij haar eerste rapport) en een beslissing van 6 september 2005 van de Federal Arbitrazh Court Central Region (productie 43 bij dat rapport).

4.35.5. Holiner baseert op diezelfde uitgangspunten en dossier zijn standpunt dat de Russische autoriteiten zich extreem formalistisch hebben opgesteld, een in het Russische recht tot dan toe onbekend principe hebben toegepast en over Yukos Oil veel strenger hebben geoordeeld dan normaliter in dit verband gebeurt. Hij wijst erop dat Yukos Oil een zeer grote belastingbetaler was. Hij stelt dat hij geen enkel precedent kan vinden waarin de rechter in een vergelijkbaar geval zo streng is geweest. De door Sokolova aangehaalde gevallen zien voor een deel op heel andere kwesties en voor zover zij relevant zouden kunnen zijn steeds op gevallen van BTW-

fraude. Dat Yukos Oil BTW-fraude zou hebben gepleegd in de zin dat zij (of haar handelsvennootschappen) middels listige kunstgrepen de onjuiste indruk wekten dat recht bestond op toepassing van het nultarief terwijl dat in feite niet zo was, is Yukos Oil nooit verweten. De jurisprudentie, die zeer streng is in gevallen waarin dergelijke fraudes wel aan de orde zijn, is dan ook in het geval van Yukos Oil niet toepasselijk. Hij wijst er voorts op dat Yukos Oil, althans de handelsvennootschappen, ook al exportrechten ter zake van de olieproducten in kwestie hadden betaald. De rapportage van Stephan sluit aan bij die van Holiner.

4.36. Uit de door de experts overgelegde beslissingen - waaronder met name de beslissing van 14 juli 2003 van de Constitutional Court of the Russian Federation (productie 10 bij het Sokolova I rapport), ook genoemd door het EHRM, en de beslissing van datzelfde gerecht (No. 14-P § 4) van 28 oktober 1999, (productie 251 M) - volgt in elk geval, dat het Constitutionele Hof in de Russische Federatie al voor de Yukos Oil kwestie, ook in BTW-zaken, ruimte zag voor een niet geheel letterlijke uitleg en toepassing van de wet als het gaat om de over te leggen stukken: als uit het beschikbare en ingediende bewijsmateriaal de relevante informatie voldoende duidelijk blijkt bestaat ruimte voor het rekening houden met de daadwerkelijke situatie. Uit de door Sokolova genoemde beslissing van de Federal Arbitrazh Court of the Moscow Region van 7 juni 2005 (productie 42 bij haar eerste rapport) blijkt voorts, dat een belastingplichtige die verzuimd heeft relevante bescheiden aan de fiscus te overleggen in het kader van een BTW-teruggave, dat alsnog gedurende de gerechtelijke procedure mag doen, waarna de rechter daarmee dan rekening dient te houden.

4.37. Rekening houden met later ingediende stukken en met de werkelijke feitelijke situatie wilde de Russische belastingrechter echter niet doen in het geval van Yukos Oil blijkens de beslissing jegens Yukos Oil van de Moscow City Arbitrazh Court van 16 december 2004 (gefinaliseerd op 23 december 2004). In de daarna gevolgde beslissingen van hogere rechterlijke colleges is hierop niet teruggekomen. Het Hof van Cassatie heeft in zijn, door het EHRM besproken, beslissing van 17 september 2004 in een separate procedure met name overwogen dat het Yukos Oil was die als werkelijke eigenaar van de olieproducten in kwestie voor alle daarmee samenhangende belastingen en ook de BTW aansprakelijk was. Dat hof heeft echter niet toegelicht waarom in dit geval geen ruimte bestond om rekening te houden met de inmiddels wel ingediende verzoeken van Yukos Oil; in die verzoeken (van 27 respectievelijk 31 augustus 2004), had Yukos Oil zelf, onder overlegging van de beschikbare bewijsstukken, om toepassing van het nultarief gevraagd, waarop de belastingautoriteiten afwijzend gereageerd hadden. Aldus hebben de Russische autoriteiten, hoewel voldoende bewijs bestond van de export van de olieproducten en de, volgens de toegepaste redeneerlijn, daadwerkelijke belastingplichtige Yukos Oil inmiddels verzoeken tot toepassing van het nultarief had ingediend, de door het Constitutional Court acceptabel geachte souplesse niet betracht, zonder dat dit is toegelicht en ongeacht de zeer grote daarbij betrokken bedragen.

4.38.1. In aanmerking nemend het door het EHRM gehanteerde (terughoudende) toetsingskader (rov. 4.33.1, 4.33.2 en 4.34), de omstandigheid dat aan dit hof meer en

ander bewijsmateriaal is voorgelegd en het hiervoor in rov. 4.35.2-4.37 besprokene is er onvoldoende reden om de beslissing van het EHRM (voor zover die inhoudt dat aan de eisen van behoorlijke rechtspleging (in ruime zin) in voldoende mate is voldaan) ook op dit punt te volgen.

4.38.2. Alles beschouwend is immers de conclusie gewettigd dat de wijze waarop de Russische autoriteiten met de BTW-problematiek zijn omgegaan in redelijkheid niet past bij een normale, zorgvuldige en voorzienbare wijze van belastinginning, ook niet als daarbij betrokken wordt dat de belastingplichtige in het kader van andere toepasselijke belastingwetgeving gefraudeerd heeft en dat de verzoeken van Yukos Oil om toepassing van het nultarief in eigen naam op een laat tijdstip zijn gedaan en (kennelijk) in een lopende procedure zijn ingebracht in plaats van door middel van separate verzoeken. Dat de fiscus aanspraak maakt op betaling van BTW die - naar de fiscus bekend is - materieel niet verschuldigd is, desondanks BTW-aanslagen oplegt en niet bereid is een verzoek om toepassing van het nul-tarief met de beschikbare bewijsstukken voldoende te achten, alsmede dat vervolgens de rechter hiertegen gerichte klachten niet honoreert hoewel de rechtspraak van het Constitutionele Hof daarvoor de ruimte biedt, doet vermoeden dat er een ander doel dan belastingheffing werd nagestreefd. Aangenomen moet worden dat indien sprake was geweest van een ordentelijke belastingheffing conform de geldende regels en een daarop volgende behoorlijke rechtspleging die zag op een zodanige belastingheffing, de in 2004 door Yukos Oil ingediende aanvragen door de fiscus en de rechter tenminste nader inhoudelijk onderzocht zouden zijn, in plaats van afgewezen omdat de juiste bewijsstukken ontbraken. Daarbij speelt mee dat voor de betrokken instanties zonder meer duidelijk moet zijn geweest dat de door Yukos Oil bij haar verzoek volgens strikte interpretatie van de wet over te leggen stukken niet bestonden (de koopovereenkomsten en verkoop- en betalingsadministratie stonden niet op naam van Yukos Oil maar op die van de schijnvennootschappen), en dat dat probleem was ontstaan door een duiding achteraf van Yukos Oil als belastingplichtige partij. Het vasthouden aan de formele eis aangaande de over te leggen documenten en meer in het algemeen aan de strikte formele eisen in plaats van het toepassen van de *substance over form*-leer die ten aanzien van de winstbelasting was gehanteerd leidde daarmee tot apert onredelijke resultaten, nu de vereiste stukken niet bestonden en, zoals gezegd, pas nodig geworden waren als gevolg van de duiding die de fiscus achteraf gaf aan de (partij bij de) transacties. De beschikbare remedies, het accepteren van andere stukken waaruit de betalingen en de andere relevante gegevens bleken, zijn niet benut, hoewel Yukos Oil daarom wel verzocht had. Dat Yukos Oil haar eigen verzoek tot toepassing van het nultarief in 2004 heeft gedaan, was volgens Holiner toelaatbaar. Ook Solokova noemt dat moment niet als probleem. Partijen zijn het er dus kennelijk over eens dat het tijdstip van de indiening daarvan op zichzelf niet de reden was waarom het verzoek werd afgewezen. Dat Yukos Oil dat verzoek pas laat heeft gedaan, omdat dat verzoek niet paste bij haar ontkennen dat zij winstbelasting was verschuldigd is dan ook niet relevant. Een en ander heeft ertoe geleid dat de fiscus aanspraak kreeg op een zeer aanzienlijk BTW-bedrag, wetende dat hij daar realiter geen recht op had. Het is en was ook toen immers niet in geschil dat de olieproducten daadwerkelijk aan buitenlandse afnemers waren verkocht en geleverd, dat BTW aangifte was gedaan, dat de verschuldigde BTW was voldaan en vervolgens verzoeken tot teruggave van die

betaalde BTW overeenkomstig de regels zijn gedaan, gevolgd door teruggave van die BTW door de Russische fiscus.

4.38.3. Anders dan het EHRM - dat in de Russische rechtspraak (geciteerd in rov. 331-336 van zijn beslissing) kennelijk een zeer strikte lijn ziet als het gaat om het naleven van de formaliteiten van art. 165 van de Tax Code en de USSR wet 1992-1, art 5 (1) a ingeval van het toepassen van het nultarief (en/of BTW-teruggave) - heeft dit hof in de daar genoemde beslissingen met name een strakke lijn ontwaard waar het, anders dan hier aan de orde, BTW-fraude als hiervoor nader geduid (carrousels etcetera) betreft. Bovendien moet ook hier worden bedacht dat aan het EHRM aangaande de verzoeken van Yukos Oil in 2004 tot toepassing van het nultarief van de BTW over de geëxporteerde olieproducten kennelijk niet meer materiaal was voorgelegd dan de mededeling ter zitting inzake deze verzoeken.

De boetes

4.39. In de procedure bij het EHRM had Yukos Oil aangevoerd dat de boetes en opslagen in verband met de belastingaanslagen over 2000 en 2001 niet hadden mogen worden opgelegd, zeker niet tot de opgelegde bedragen. Het EHRM heeft daarover, uitgebreid gemotiveerd, beslist dat die boetes/opslagen inderdaad ten dele te hoog waren. Die beoordeling, die door geen van partijen gemotiveerd ter discussie is gesteld, maakt dit hof tot de zijne. Daaraan wordt toegevoegd dat nu de BTW als niet verschuldigd wordt aangemerkt ook de daarover geheven boetes, zowel de enkelvoudige van 20% als de verhoogde van 40% (opzet) en 80% (opzet en recidive), niet verschuldigd waren.

De veiling van YNG

4.40. Een belangrijk element van de argumentatie van Godfrey c.s. en Misamore is tenslotte gelegen in de wijze waarop is omgegaan met de executie van de hiervoor besproken belastingaanslagen, in het bijzonder de daartoe gehouden veiling van YNG. Het EHRM heeft daarover geoordeeld dat op zichzelf het veilen van vermogensbestanddelen van Yukos Oil niet onredelijk was en dat ook de keuze voor YNG te billijken viel. De relevante overwegingen luiden:

"B. The complaints about the enforcement of the debt resulting from the Tax Assessments 2000-2003(...)

621. The applicant company was also of the view that the sale of OAO Yuganskneftegaz had been unlawful, disproportionate and had resulted in gross undervaluing by means of a clearly controlled auction with the unlawful participation of a sham bidder, OOO Baykalfinansgrup. It disagreed with the decision to sell OAO Yuganskneftegaz, arguing that under the domestic legislation OAO Yuganskneftegaz should have been the last item to be auctioned, and that the auction had been incapable of generating a reasonably good price because of the limited number of candidates, the widespread perception of the need for political support to acquire the item in question and insufficient time for preparation. The applicant company was also dissatisfied with the decision to sell only the voting shares of OAO Yuganskneftegaz, as opposed to all of the shares. The company argued that even though the authorities put no open obstacles in the path of potential buyers, there had

been practical obstacles, such as the need for the buyers to comply with internal corporate procedures and to request anti-competition clearance.

622. More generally, the applicant company viewed the auction as a sham, because OAO Gazprom, OAO Rosneft (both State-owned companies with considerable involvement of State officials in their day-to-day management), the organisers of the auction and the bailiffs were acting in concert. It also relied on interviews by the then President of Russia and argued that the State banks had financed the acquisition and that the State had failed to apply anti-monopoly laws in connection with the auction. The company argued that its actions in the US bankruptcy court had had no effect on the outcome of the auction of OAO Yuganskneftegaz because neither OAO Rosneft nor OOO Baykalfinansgrup had applied for participation before the company filed for bankruptcy in the U.S.

623. The applicant company argued that the above circumstances showed that the proceedings against it, taken as a whole, were abusive in that the State clearly wanted to destroy the company and to take control of its assets.

(...)

630. (...) The Government maintained that instead of selling its foreign assets to meet its tax debts the applicant company simply stripped them away, which in itself proved that the company's complaint about the injunction was unsubstantiated. (...) The Government further noted that as of 14 July 2004 the applicant company had still to pay 96.5% of its then liability and that the company's voluntary payment only commenced on 14 July 2004, apparently as a response to the seizure of the shares of OAO Yuganskneftegaz. (...)

633. As to the choice of OAO Yuganskneftegaz as the first item to be auctioned in satisfaction of the company's liabilities, the Government pointed out that the offers made by the applicant company had been unacceptable. (...)

634. The Government maintained that the choice of OAO Yuganskneftegaz was lawful under Russian law, aimed at securing the payment of taxes and had been effected in full compliance with the provisions of the Federal Enforcement Proceedings Act. Under section 54 (2) of the Enforcement Proceedings Act, the sale of the applicant company's property was made by a specialised organisation pursuant to the terms of commission and the relevant legislation. On 18 November 2004 the bailiffs decided to sell 43 shares (76.8%) of OAO Yuganskneftegaz at auction. The Government noted that OAO Yuganskneftegaz was itself the debtor in mandatory payments to the budget totalling RUB 102.09 billion, so that the above arrears inevitably affected the price of the auctioned shares, as defined by the valuation institution and the results of the auction. The date of the auction and invitation to participate in the open auction were published in the mass media in due time. The auction itself was open, both with regard to its participants and to the form of submissions of price bids. Bids were received between 19 November and 18 December 2004. On 19 December 2004 the open auction took place. The winner of the auction was recognised as OOO Baykalfinancegrup, which offered RUB 260,753,447,303.18 for the shares in question. The auction itself was public. The mass media representatives provided extensive media coverage. The results were published in the mass media and broadcast. With regard to the proportionality of the sale, the sum of 260.5 billion roubles generated as a result of the sale did not, however, cover the arrears of OAO Yukos entirely. The Government also underlined that the subsequent bankruptcy was not caused by the

sale of OAO Yuganskneftegaz, but had been initiated by a consortium of foreign banks and that the representatives of the applicant company had allegedly acknowledged that the company had been in good financial condition even despite the sale of OAO Yuganskneftegaz. (...)

3. The Court's assessment

635. The applicant company submitted a number of grievances about these proceedings. In particular, the applicant company complained that the enforcement of the tax liability had been deliberately orchestrated with a view to preventing the applicant company from repaying its debts. In this connection the company maintained that the seizure of its assets pending litigation had prevented it from repaying the debt. It was furthermore dissatisfied that it had been ordered to pay a 7% enforcement fee in respect of the entirety of its debt, that the time for voluntary compliance with the Tax Assessments 2000-2003 had been too short and that the sale of the company's main production unit OAO Yuganskneftegaz had been unlawful, arbitrary and generally disproportionate.

(...) Though each of these measures could be seen as a separate instance of interference with the applicant company's rights under Article 1 of Protocol No. 1, their common and ultimate goal was to force the company to meet its tax liabilities. Accordingly, the appropriate way to analyse this part of the application is to examine the enforcement proceedings in their entirety as one continuous event. (...)

647. As regards the lawfulness of the measures in question, the Court has no reason to doubt that throughout the proceedings the actions of various authorities had a lawful basis and that the legal provisions in question were sufficiently precise and clear to meet the Convention standards concerning the quality of law. (...) It finds it natural that in the tax sphere the Contracting States should enjoy a wide margin of appreciation in order to implement their policies. Nevertheless, the Court cannot fail to exercise its power of review and must determine whether the requisite balance was maintained in a manner consonant with the applicant company's right to "the peaceful enjoyment of [its] possessions", within the meaning of the first sentence of Article 1 of Protocol No. 1.

649. At the outset the Court notes the background to this case and, in particular, the fact that the applicant company was one of the largest taxpayers in Russia and that it had been suspected and subsequently found guilty of running a tax evasion scheme, committed consecutively in 2000-2003. From the parties' submissions and the case file it seems clear that the applicant company had no cash funds in its domestic accounts to pay its tax debts immediately, and in view of the nature and scale of the debt it was unlikely that any third party would agree to assist the company with a loan or some form of security. Regard being had to the scale of the tax evasion, the sums involved for the years 2000-2003, the fact under domestic law that they were payable almost at once after the production of the respective execution writ (...), and even taking into account the Court's previous findings in respect of the fines for the years 2000 and 2001, it was questionable whether at the time when the authorities decided to seize and auction OAO Yuganskneftegaz the company was at all solvent within the meaning of section 3 of the Insolvency (Bankruptcy) Act, which generally expected the solvent debtor to repay its debts "within three months of the date on which compliance should have occurred" (...).

650. *In view of the above considerations, the Court finds that the crux of the applicant company's case did not lay in the attachment of its assets and cash as such, but rather and essentially in the speed with which the authorities demanded the company to pay, in the decision which had chosen the company's main production unit, OAO Yuganskneftegaz, as the item to be compulsorily auctioned in the first instance, and in the speed with which the auction had been carried out.*

651. *Given the paramount importance of the measures taken by the authorities to the applicant company's future and notwithstanding the Government's wide margin of appreciation in this field, the Court is of the view that the authorities were obliged to take careful and explicit account of all relevant factors in the enforcement process. Such factors were to include, among other things, the character and the amount of the existing debt as well as of the pending and probable claims against the applicant company, the nature of the company's business and the relative weight of the company in the domestic economy, the company's current and probable economic situation and the assessment of its capacity to survive the enforcement proceedings. Furthermore, the economic and social implications of various enforcement options on the company and the various categories of stakeholders, the attitude of the company's management and owners and the actual conduct of the applicant company during the enforcement proceedings, including the merits of the offers that the applicant company may have made in connection with the enforcement were to be properly considered.*

652. *The Court notes that the authorities examined and made findings in respect of some of these factors (...), but it is clear that at no point in the enforcement proceedings did they make an explicit assessment in respect of all of them. In particular, neither the seizure order of 14 July 2004, which set in motion the process of auctioning OAO Yuganskneftegaz (...), nor any of the subsequent decisions, including the judicial decisions in the context of the company's complaints against the actions of the bailiffs (...), mentioned or discussed in any detail possible alternative methods of enforcement and the consequences that they might have on the future of the company.*

653. *The Court finds this aspect of the enforcement proceedings of utmost importance when striking a balance between the interests concerned, given that the sums that were already owed by the company in July 2004 made it rather obvious that the choice of OAO Yuganskneftegaz as the first item to be auctioned in satisfaction of the company's liability was capable of dealing a fatal blow to its ability to survive the tax claims and to continue its existence.*

654. *The Court accepts that the bailiffs were bound to follow the applicable domestic legislation which might limit the variety of options in the enforcement procedure. Nonetheless, the Court is of the view that, notwithstanding these constraints, the bailiffs still had a decisive freedom of choice, the exercise of which could either keep the company afloat or eventually lead to its demise. Although the Court, in principle, does not find the choice of OAO Yuganskneftegaz entirely unreasonable, especially in view of the overall amount of the tax-related debt and the pending as well as probable claims against the company, it is of the view that before definitively selecting for sale the asset that was the company's only hope of survival, the authorities should have given very serious consideration to other options, especially those that could mitigate the damage to the applicant company's structure. This was particularly so since all of the company's domestic assets had been attached by previous court order(...), and*

were readily available, the company itself did not seem to have objected to their sale (...) and there had been virtually no risk of the company seriously opposing these actions.

(...)

657. On the whole, given the pace of the enforcement proceedings, the obligation to pay the full enforcement fee and the authorities' failure to take proper account of the consequences of their actions, the Court finds that the domestic authorities failed to strike a fair balance between the legitimate aims sought and the measures employed.

658. To sum up, the Court concludes that there has been a violation of the applicant company's rights under Article 1 of Protocol No. 1 on account of the State's failure to strike a fair balance between the aims sought and the measures employed in the enforcement proceedings against the applicant company."

4.41. Het hof volgt het EHRM in zijn oordeel dat, hoewel de Russische staat andere opties had moeten overwegen voordat zij tot veiling van YNG kwam en hoewel de wijze waarop die keuze gemaakt is en het tempo dat daarbij werd aangehouden in het kader van de belangenafweging van art. 1 Eerste Protocol disproportioneel was, alles beschouwd de keuze voor de veiling van YNG niet geheel onredelijk was. De enkele omstandigheid dat YNG geveild is, is dan ook niet voldoende voor enig oordeel in de door Godfrey c.s. en Misamore voorgestane zin.

4.42. Godfrey c.s. en Misamore voeren in aanvulling hierop echter aan dat ook als YNG geveild mocht worden de daadwerkelijke veiling doorgestoken kaart was. Zij wijzen daarbij op in deze procedure overgelegd nieuw bewijsmateriaal, dat niet beschikbaar was in de procedure voor het EHRM. Promneftstroy c.s. stellen weliswaar dat Godfrey c.s. en Misamore dat materiaal onrechtmatig hebben verkregen, doch dat is op zichzelf in deze civiele procedure geen reden om de desbetreffende stukken vrije bewijskracht te onzeggen. Dat de stukken - met name e-mailverkeer tussen rechtstreeks betrokkenen - niet echt (in de zin van vervalst) en/of inhoudelijk niet juist zijn hebben Promneftstroy c.s. niet, zeker niet (voldoende) onderbouwd, gesteld. Deze stukken zullen dan ook voor zover relevant in de beschouwingen betrokken worden.

4.43. Aangenomen moet worden dat als de Russische autoriteiten de veiling van YNG als zorgvuldig en redelijk handelend belastinginner zouden hebben doen geschieden zij met die veiling zouden hebben beoogd een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren, zowel in het eigen belang als in dat van Yukos Oil als belastingplichtige. Van legitieme belangen bij een lagere dan de maximaal haalbare opbrengst is niet gebleken. Er was wel een zeker legitiem belang bij betaling binnen een redelijke termijn, maar dat sprake was van zodanige spoed dat concessies moesten worden gedaan aan het optimale veilingproces is niet gesteld of gebleken. Naar haar aard leende YNG zich, als grote olieproductiefaciliteit (1 miljoen vaten ruwe olie per dag), niet voor verduistering in fysieke zin. Verduistering in ruime zin, met name in de vorm van onderhandse verkoop van (aandelen in) YNG door Yukos Oil, was onmogelijk, vanwege de beslagen (*freezing order*). Bovendien draaide de installatie gewoon, winstgevend, door, zodat van snel oplopende kosten evenmin sprake was. Tegen die achtergrond zou dus een goed voorbereide veiling met zoveel mogelijk geïnteresseerde

bieders te verwachten zijn geweest, opdat een maximale prijs gerealiseerd zou kunnen worden.

4.44.1. Het beeld van de veiling dat uit het beschikbare materiaal naar voren komt is het volgende.

4.44.2. Er is enerzijds sprake geweest van een normale veiling, in de zin dat die - naar de uiterlijke verschijningsvorm beschouwd - overeenkwam met hetgeen in Nederland bij executieveilingen gebruikelijk is. Bieden was mogelijk door tevoren ingeschreven bieders (ook uit het buitenland), die moesten voldoen aan een aantal eisen. Er waren vastgestelde veilingvoorwaarden, de veiling werd in opdracht van Rebgun begeleid door het Russische Federale Vermogensfonds (hierna: RFV), een voor dit soort veilingen aangewezen organisatie, die volgens de geldende wetgeving daartoe bevoegd was. De veiling was openbaar en er was sprake van een correcte en ruim verspreide aankondiging van de veiling, ook internationaal. De pers was aanwezig bij de veiling. Er was een waardering van de aandelen, opgesteld op verzoek van RFV door een volgens partijen gerenommeerde expert (Dresdner Kleinwort Wasserstein, hierna: Dresdner).

4.44.3. Anderzijds waren er opmerkelijke aspecten waarin deze veiling afweek van hetgeen in het algemeen gebruikelijk was/is en van de normaal in de Russische Federatie geldende regels daaromtrent.

Niet in geschil is dat tussen de aankondiging op 19 november 2004 en de dag van de veiling op 19 december 2004 slechts een maand lag. Het toepasselijke reglement van het RFV (*Order No. 418 van het RFV, 29 november 2001, Procedure for organising and conducting tenders* (hierna: de Order)) gaat in beginsel uit van een periode van twee maanden. Waarom van die termijn is afgeweken, is niet toegelicht. De periode van een maand was zo kort dat die zowel voor Russische bieders als voor buitenlandse bieders problemen opleverde; voor Russische bieders vanwege de naar Russisch recht (voor dit soort grote zaken) geldende eis om goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders te verkrijgen en voor beide categorieën vanwege de noodzaak om toestemming van FAS (Federal Antimonopoly Service) te krijgen, die daarvoor 30 dagen, eenmaal te verlengen met 20 dagen, de tijd had. Ook financiering door (Russische) banken werd daardoor bemoeilijkt. Er bestond geen behoorlijk prospectus of vergelijkbaar stuk en geen mogelijkheid om, als beoogd veilingkoper, de installatie ter plekke te inspecteren en/of het management te spreken of om een *due diligence* onderzoek te laten verrichten.

4.44.4. Er waren uiteindelijk slechts twee geautoriseerde bieders, Baikal Finance Group en Gazpromneft. Baikal Finance Group was een lege, zogenoemde plankvennootschap; zij had zich op 14 december 2004 aangemeld om deel te nemen aan de veiling. Uit het aanmeldingsformulier bleek dat Baikal Finance Group pas enkele dagen daarvoor was opgericht, dat zij nog niet met haar activiteiten was begonnen en dat zij verwachtte de koopprijs van de aandelen in YNG met eigen en vreemd kapitaal te kunnen voldoen. Uit het prospectus van Rosneft (een staatsbedrijf, dat uiteindelijk eigenaar van de YNG-installatie is geworden) met het oog op haar beursgang (IPO) d.d. 14 juli 2006 (productie G434) blijkt, dat Rosneft Baikal Finance

Group de middelen om YNG te kopen heeft geleend, en dat Baikal Finance Group de volle koopprijs van YNG pas heeft betaald nadat zij door Rosneft was overgenomen. Het verzoek van Baikal Finance Group om deel te mogen nemen aan de veiling werd opmerkelijk snel door FAS gehonoreerd. Baikal Finance Group bracht twee biedingen uit, terwijl de enige andere deelnemer aan de veiling - Gazpromneft, vertegenwoordigd door een functionaris die tevens vicepresident bij Rosneft was - in het geheel niet heeft geboden.

4.44.5. Het door Godfrey c.s in het geding gebrachte (partij)deskundigenrapport van E. Osterwald (productie G433), in het bijzonder het deel aangaande *best practices*, tegen welk deel van het rapport Promneftstroy c.s. geen concreet bezwaar hebben aangevoerd, wijst er evenzeer op - wat er zij van de conclusies die hij daaruit trekt - dat de gevolgde procedure sterk afwijkt van hetgeen in de Russische Federatie en wereldwijd gebruikelijk is en toen was.

4.44.6. Ook komt in dit verband betekenis toe en verdient in zoverre bijzondere aandacht de prijs die de veiling van (de aandelen in) YNG heeft opgebracht. De waarde van YNG was in het rapport d.d. 6 oktober 2004 van Dresdner, uitgebracht op verzoek van Rebgun, getaxeerd op tussen de US\$ 18,6 en 21,5 miljard. Een waardering door JP Morgan, ingeschakeld door het management van Yukos Oil, kwam uit op tussen de US\$ 19 en 25 miljard en, rekening houdend met de belastingschulden, op tussen de US\$ 16,1 en 22 miljard. Gelet op het feit dat niet alle aandelen werden geveild (maar circa 80% daarvan, te weten alleen de gewone aandelen) lag de marktwaarde in ieder geval op minimaal US\$ 12,88 miljard. De openingsprijs voor de veiling diende, op basis van vigerende Russische wetgeving (de *Order*), in beginsel gesteld te worden op de marktwaarde. Bij deze veiling is echter, in de veilingvoorwaarden, deze wettelijke regeling buiten werking gesteld en de openingsprijs op US\$ 8,8 miljard gesteld. Een reden is daarvoor niet gegeven. Baikal Finance Group betaalde uiteindelijk een koopprijs van US\$ 9,35 miljard.

4.44.7. Voorts staat vast, dat Yukos Oil meermalen voorstellen heeft gedaan tot - gedeeltelijke - betaling van haar schulden, om zo de veiling te voorkomen. Op geen van die voorstellen is ingegaan. Er is zelfs geen begin van onderhandeling daarover geweest. Dat is, als de Russische autoriteiten inderdaad uitsluitend het legitieme doel van belastinginning voor ogen hadden, moeilijk te begrijpen. Ook als de voorstellen, zoals Promneftstroy c.s. hebben aangevoerd en onderbouwd, te kort schoten omdat zij ofwel van een gedeeltelijke kwijtschelding ofwel van een lange periode van betaling in termijnen uitgingen zou immers een te goeder trouw handelende, op belastinginning gerichte, belastingdienst daarin tenminste aanleiding tot het onderzoeken van een mogelijke oplossing hebben gezien.

4.44.8. De aanvraag van de *Chapter 11*-procedure in de Verenigde Staten stond aan dergelijke onderhandelingen (en uit- of afstel van de veiling) op zichzelf niet in de weg. In het bestuursbesluit tot het aanvragen van die procedure bij de rechter in Texas is vermeld:

"WHEREAS, YUKOS Oil Company

("Company") has a cash deficit in that it does not have the funds to continue to operate and, at the same time, to make payments due on obligations to its creditors; and WHEREAS, the Management Board of YUKOS-Moscow Ltd. ("YUKOS Moscow"), which is the management company of the Company and performs all powers and authorities and carries out all duties of current management of the Company and its business, has determined it to be in the best interests of the Company to file a petition for relief under Chapter 11 of the United States Bankruptcy Code."

Daaruit blijkt niet meer of anders dan dat een liquiditeitsprobleem bestond en Yukos Oil kennelijk op dat moment executiemaatregelen wilde voorkomen. Dat Yukos Oil op geen enkele wijze aan haar verplichtingen had kunnen voldoen staat daarmee niet vast en is door de Russische autoriteiten kennelijk niet onderzocht.

4.44.9. Over de veiling is door Yukos Oil, tevergeefs, geklaagd bij de rechter.

4.44.10. Baikal Finance Group is vier dagen na de veiling overgenomen door Rosneft. Vervolgens zijn, in een latere procedure, de belastingschulden van YNG met 83% gereduceerd en heeft Rosneft de gelegenheid gekregen om de schulden in termijnen af te betalen, zonder (boete)rente. Het IPO-prospectus van Rosneft vermeldt daarover:

"Tax Disputes In (...) proceedings currently before the Moscow Arbitration Court, the Federal Tax Service alleges that Yuganskneftegaz – in violation of Article 40 of the Tax Code of the Russian Federation, which governs transfer pricing – underpriced oil sold by it to Yukos from 1999–2003. The tax authorities initially claimed an aggregate amount of approximately RUB 140.4 billion (USD 4.8 billion) in back taxes, penalties and interest. Based on an expert report that it commissioned, the Moscow Arbitration Court subsequently reduced the total amount of the back tax claims, penalties and interest to approximately RUB 21.9 billion (USD 760 million)". Ook zijn de tegenover YNG door de Russische autoriteiten geuite voornemens om bepaalde cruciale vergunningen in te trekken niet uitgevoerd.

4.45. Godfrey c.s. en Misamore stellen dat op basis van deze gegevens en nog veel meer feitenmateriaal, bijvoorbeeld verklaringen van diverse betrokkenen weergegeven in de pers, evident is dat de veiling niet ten doel had om een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren opdat Yukos Oil haar schulden betaalde, maar dat daarmee een ander doel werd nagestreefd (meer specifiek het in handen krijgen van belangrijke vermogensbestanddelen van Yukos Oil door de Russische Federatie).

4.46. Promneftstroy c.s. betwisten dit laatste. Het stellen van eisen aan bidders is, zoals hiervoor reeds geconstateerd, niet ongebruikelijk bij executieveilingen. Voorts wijzen zij er, op zichzelf terecht, op dat Yukos Oil zelf bidders afgeschrikt heeft door een uitvoerige campagne in de internationale pers te voeren waarin de staf werd gebroken over deze veiling en potentiële bidders jarenlange juridische procedures in het vooruitzicht werden gesteld. Ook het hiervoor reeds genoemde aanmelden van Yukos Oil voor een *Chapter 11*-procedure in de VS (op 14 december 2004, dus vijf dagen voor de veiling) en de daar genomen belissingen, waaraan ruchtbaarheid in de pers is gegeven, hebben niet geholpen. Zij voeren voorts, evenzeer op zichzelf terecht, aan dat het niet ongebruikelijk is dat de waarde die bij een executieveiling wordt behaald belangrijk lager ligt dan de getaxeerde (markt)waarde, die meestal uitgaat van een

transactie tussen een gewillige verkoper en een gewillige koper, adequate informatievoorziening en het ontbreken van grote tijdsdruk. Het niet aanbieden van het complete aandelenpakket kan ook prijsdrukkend werken maar kan niettemin een legitieme keuze zijn. Ten slotte valt niet uit te sluiten dat, zoals Promneftstroy c.s. aanvoeren, de algemeen bekende onmin tussen de Russische regering en de ondernemingsleiding van Yukos Oil een negatieve invloed heeft gehad op de opbrengst.

4.47. Per saldo kan echter de beschouwing in onderlinge samenhang van alle hiervoor beschreven vaststaande feiten en omstandigheden, ook indien de door Promneftstroy c.s. geplaatste kanttekeningen daarbij worden betrokken, geen andere conclusie wettigen dan dat de Russische autoriteiten met de veiling van (de aandelen in) YNG niet te goeder trouw hebben gestreefd naar het verkrijgen van de hoogst mogelijke opbrengst ter delging van de openstaande belastingschulden. Indien zij dat wel hadden gedaan zouden zij hebben zorggedragen voor een ruimere periode tussen de aankondiging en de daadwerkelijke veiling en voor betere informatievoorziening, omdat de kans op meer kapitaalkrachtige bidders, al dan niet afkomstig uit het buitenland, daardoor zou zijn toegenomen. Dit was (naar ook het EHRM geconstateerd heeft) mogelijk geweest: van bijzondere haast was in dat stadium geen sprake. De Russische autoriteiten hebben voorts, zonder nadere toelichting/verklaring daarvoor, de gebruikelijke regels niet gevolgd. De van de *Order* afwijkende veilingvoorwaarden konden, gegeven de situatie, in redelijkheid niet het doel van het maximaliseren van de opbrengst dienen en zijn ook niet toegelicht/nader verklaard. Ook het niet ingaan op de voorstellen die door en namens Yukos Oil werden gedaan en de gang van zaken nadat aan Baikal Finance Group de aandelen op de veiling waren gegund wijzen erop dat met de veiling niet te goeder trouw werd gestreefd naar een maximale opbrengst, zoals, naar in rov. 4.43 is overwogen, van een zorgvuldig en redelijk handelend belastingininner mocht worden verwacht.

4.48. Voor dit oordeel (betreffende kort gezegd de ongepastheid van de gang van zaken rond de veiling) is niet relevant de vraag of Rebgun steekpenningen heeft aangenomen, zoals Godfrey c.s. en Misamore stellen maar Promneftstroy c.s. betwisten. Ook is geen betekenis toegekend aan de door Godfrey c.s. en Misamore gestelde behandeling van diverse bij Yukos Oil betrokken personen door de Russische autoriteiten. Voorts doet het achterliggende motief niet ter zake (in dit verband is door Godfrey c.s. en Misamore onder meer gewezen op het bestaan van persoonlijke en/of politieke animositeit en de wens om op goedkope wijze YNG voor de Russische Federatie te verkrijgen; ook is aangevoerd dat sprake is van het streven om een grote fraudeur te straffen). Wat buiten kijf staat is immers dat de Russische autoriteiten bij het veilen van YNG disproportioneel hebben gehandeld als het gaat om de wijze waarop de keuze is gemaakt en de snelheid waarmee de veiling is uitgevoerd (zoals het EHRM reeds constateerde) en dat zij kennelijk met die veiling niet te goeder trouw hebben gepoogd een zo hoog mogelijke opbrengst te bereiken in het belang van de Russische Federatie en Yukos Oil en haar legitieme schuldeisers.

Het faillissementsvonnis

4.49. Zoals reeds eerder opgemerkt zijn schendingen van rechtsregels in de fiscale procedures (waartoe ook de veiling van YNG valt te rekenen) bij de beantwoording van de openbare orde-vraag die in het onderhavige geding centraal staat slechts van belang als *deze regels door de Russische autoriteiten zijn geschonden met het kennelijke oogmerk om betalingsonmacht en uiteindelijk het faillissement van Yukos Oil uit te lokken* (tussenarrest van 21 juni 2016). In dat verband verdient de faillietverklaring bij het litigieuze vonnis zelf nadere beschouwing.

4.50. Dat de faillissementsrechter niet bevoegd was om bij de beoordeling van het verzoek tot faillietverklaring de rechtmatigheid van de belastingschulden waarover tot in hoogste instantie was geprocedeerd opnieuw te onderzoeken, vloeit voort uit een internationaal algemeen aanvaarde systematiek. Op zichzelf valt aan de omstandigheid dat de faillissementsrechter op dit punt niet heeft ingegrepen dan ook geen gevolgtrekking te verbinden. Vast staat ook dat Yukos Oil voldeed aan de Russische criteria voor het uitspreken van een faillissement. Er waren, zelfs na de veilingen, nog aanzienlijke schulden waarvan niet binnen de relatief korte termijn van drie maanden die de Russische wet stelde, betaling te verwachten viel en het comité van schuldeisers had het door Yukos Oil aangeboden voorstel afgeslagen en faillietverklaring gevraagd. Dat de Russische rechter dus, in die situatie, het faillissement heeft uitgesproken wijst als zodanig niet op een schending van de regels van een goede procesorde en louter op zichzelf beschouwd ook niet op enig oneigenlijk oogmerk.

4.51. In het partijdebat is nog aan de orde geweest dat in die procedure (net zoals in de fiscale procedures) schorsing op grond van een aanhangige EHRM-procedure gevraagd zou hebben kunnen worden en dat de wet tot een dergelijke schorsing de mogelijkheid zou hebben geboden. Een dergelijk verzoek zou echter in voormelde situatie geen verandering hebben gebracht, zodat aan het - kennelijk - niet benutten van die (eventuele) mogelijkheid door Yukos Oil geen relevante betekenis toekomt.

4.52. Wel verdient vermelding dat het opmerkelijk is dat de betrokken autoriteiten een zeer grote, voor de Russische Federatie belangrijke, onderneming als Yukos Oil op geen enkele wijze te hulp geschoten zijn teneinde een faillissement af te wenden, door bijvoorbeeld termijnbetaling toe te staan of leningen te verstrekken. De autoriteiten waren daartoe niet verplicht, maar zij hadden daartoe wel mogelijkheden en er waren door Yukos Oil zelf en ook door derden verzoeken daartoe gedaan, waarop op geen enkele wijze is ingegaan (zie ook rov. 4.44.7). Van een valide reden daarvoor is niet gebleken.

4.53. Bij de beantwoording van de vraag of de gang van zaken de conclusie wettigt dat sprake was van een oneigenlijk oogmerk in de in rov. 4.49 bedoelde zin dient echter ook betrokken te worden wat er na het faillissement is gebeurd. Behoudens in het zich hier niet voordoende geval dat het wordt toegegeven, is immers voor het bestaan van een dergelijk oogmerk met name een indicatie gelegen in hetgeen zich aansluitend op de faillietverklaring daadwerkelijk heeft voorgedaan, waarbij het zowel om handelen als nalaten kan gaan.

4.54. Vast staat dat na het faillissement de vermogensbestanddelen van Yukos Oil vrijwel alle in handen van Russische staatsbedrijven, met name Rosneft, zijn gekomen. Dat is op verschillende manieren gebeurd, variërend van aankopen ter veiling tot doorverkopen en fusies. De Russische fiscus heeft op verzoek van Rosneft, als opvolgend eigenaar van YNG, een groot deel van de belastingschulden die YNG had vanwege door haarzelf en/of Yukos Oil ontdoken winstbelasting voor zover YNG betreffend kwijtgescholden. Verder is het YNG toegestaan om de nog resterende schulden in termijnen af te betalen, waarbij de renteverplichtingen aanzienlijk zijn gemitigeerd. De vergunningen die ingetrokken dreigden te worden zijn in stand gebleven. De welwillendheid waar Yukos Oil tevergeefs om had gevraagd voor haar faillissement is Rosneft dus wel betoond. Rosneft is als gevolg van een en ander wereldwijd een grote en belangrijke oliemaatschappij geworden, die genoteerd is aan een buitenlandse beurs. Voor het faillissement was Rosneft een bescheiden onderneming.

Causaal verband

4.55. Promneftstroy c.s. stellen zich echter op het standpunt dat, zelfs als de BTW-schuld met boetes en de door het EHRM te hoog geachte executiekosten buiten beschouwing worden gelaten, ook in een onberispelijke procedure het eindresultaat zou zijn geweest dat Yukos Oil failliet was verklaard en dat in zoverre dit faillissement onafwendbaar was. Godfrey c.s en Misamore betwisten dat.

4.56. Dat Yukos Oil een grote schuld aan de fiscus had gehad, ook zonder de reeds besproken tekortkomingen, is evident en kan dus als uitgangspunt gelden. Promneftstroy c.s. beroepen zich verder ter adstructie van hun standpunt op het rapport van prof. dr. I. Shaked (hierna: Shaked) van 5 januari 2015 (productie 75 bij memorie na vernietiging en verwijzing) en diens brief van 29 november 2016 (bij pleidooi), waarin kort is toegelicht dat ook als de BTW-vordering buiten beschouwing wordt gelaten de schuldenlast van Yukos Oil een faillissement onafwendbaar maakte. Zij verdedigen dat zelfs als sprake is van tekortkomingen in de fiscale procedures en van het hiervoor bedoelde oogmerk, deze in de gegeven omstandigheden niet zijn aan te wijzen als relevante oorzaak van het faillissement van Yukos Oil, zodat die tekortkomingen en dat oogmerk in het kader van de openbare orde-toets niet in de weg staan aan de 'erkenning' van het faillissementsvonnis en het aanvaarden van de rechtsgeldigheid van handelingen van Rebgun als curator.

4.57. Wat er van deze gedachtegang ook zij, het rapport van Shaked kan een dergelijke conclusie niet dragen, omdat daarin de BTW-schuld, met boetes, als schuld is verdisconteerd. Zelfs als, veronderstellenderwijs, wordt uitgegaan van de juistheid van de aanvulling op dat rapport van 29 november 2016 (ter zitting is toegezegd dat, als die aanvulling van wezenlijk belang zou blijken te zijn, Godfrey c.s. en Misamore zich daarover nader zouden mogen uitlaten), waarin de BTW-schuld niet in aanmerking is genomen, biedt dat onvoldoende basis. Een belangrijke premisse van dat rapport is immers dat de prijs voor YNG op correcte wijze tot stand is gekomen en daarover bestaat, blijkens het voorgaande, ernstige twijfel.

4.58.1. Ook verder is niet aannemelijk te achten dat indien de BTW-schuld met boetes en de te lage opbrengst van de executieveiling van YNG worden weggedacht, het faillissement onvermijdelijk was geweest. Daaraan doet het oordeel van het EHRM in het *just satisfaction*- arrest niet af.

Het EHRM overweegt op dat punt (in het *just satisfaction* arrest):

"29. Even if it cannot be said that the above-cited defects alone caused the applicant company's liquidation, they nevertheless seriously contributed to it, directly resulting in pecuniary damage satisfying the causality criteria of Article 41 of the Convention.

30. In this respect, the Court recalls that in paragraph 655 of the principal judgment it has clearly stated that the above-mentioned defects very seriously contributed to the applicant company's demise,

(...)

41. In this respect, the Court would note that it is clear from the course of the enforcement and liquidation proceedings that the domestic authorities chose not to seek repayment of the entirety of the applicant company's debt by, for instance, granting the applicant company more time. Rather, they decided to precipitate the proceedings by auctioning the applicant company's main production unit and liquidating it, notwithstanding the risk of being subsequently unable to recover some of the company's liabilities. The existence and scale of the allegedly unmet liabilities referred to by the Government resulted at least in part from the method used by the domestic authorities to recover the applicant company's tax liability.

(...)"

Het EHRM komt tot de conclusie dat de door hem vastgestelde tekortkomingen in de Russische procedures in aanzienlijke mate hebben bijgedragen aan de deconfiture van Yukos Oil, maar dat zij op zichzelf niet tot de liquidatie van die onderneming hebben geleid. Daarbij heeft het EHRM de volledige BTW-schuld, met verhogingen en boetes, als legitieme schulden aangemerkt.

4.58.2. Dit hof heeft additionele tekortkomingen vastgesteld en in dat verband de BTW-schuld als niet legitiem aangemerkt, hetgeen betekent dat de invloed van tekortkomingen in de Russische procedures groter is geweest en ook betrekking heeft gehad op hogere bedragen dan het EHRM heeft aangenomen. Het hof acht op grond hiervan de gevolgtrekking gewettigd dat de tekortkomingen in de Russische procedures tot het faillissement van Yukos Oil hebben geleid.

Dat de (verdere) schuldenlast dusdanig was dat, bij een correcte veiling van YNG, Yukos Oil niet binnen redelijke termijn aan haar financiële verplichtingen had kunnen voldoen, vindt in de feiten onvoldoende steun.

4.59. Het betoog van Promneftstroy c.s. dat het eigen gedrag van Yukos Oil, met name het uitkeren van een historisch hoog dividend van US\$ 2 miljard in februari 2004, in de beoordeling moet worden betrokken faalt. Daargelaten wat precies de ruimte is voor (het alsnog aanvoeren van) een verweer als dit, Godfrey c.s. en Misamore hebben voldoende onderbouwd dat deze uitkering losstond van de gehele gang van zaken rond de belastingschulden en reeds begin 2003 was afgesproken in het kader van de overname van Sibneft, zodat Yukos Oil tot die uitkering verplicht was, hetgeen de Russische autoriteiten ook wisten.

Het argument dat Yukos Oil haar schulden had kunnen betalen uit beschikbare middelen in het buitenland is evenmin van betekenis, te minder nu uit de stukken niet blijkt dat Yukos Oil op die wijze tijdig voldoende liquide middelen beschikbaar had kunnen maken (mede gelet op haar groepsstructuur) om al haar (blijkens het voorgaande voor een groot deel niet legitieme) belastingschulden af te lossen.

Conclusie – strijd met de openbare orde

4.60.1. 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 belastingplichtigen) behoren te gedragen - elementen van de hiervoor bedoelde behoorlijke rechtspleging in ruime zin - die tot de kern van de Nederlandse rechtsorde behoren.

4.60.2. Samengevat moet, gelet op het voorgaande, betreffende de wijze waarop de Russische autoriteiten met de belangen van Yukos Oil zijn omgegaan als volgt worden geconcludeerd.

Met het EHRM wordt aangenomen dat Yukos Oil door de wijze waarop zij de schijnvennootschappen inzette gefraudeerd heeft wat de winstbelasting betreft. Wel zijn in de daarover gevoerde fiscale procedures in de Russische Federatie de door het EHRM vastgestelde tekortkomingen opgetreden, te weten het gebrek aan mogelijkheden een behoorlijke verdediging te voeren in het kader van de aanslag winstbelasting over 2000 (de komkommerkratjeskwestie) en de excessieve boetes (ten dele ondanks verjaring geïnd) en de bij de executie in rekening gebrachte *fees*. Daarnaast is in het voorgaande, met name op basis van feitenmateriaal dat kennelijk niet aan het EHRM is voorgelegd en/of waarover hij zich kennelijk geen oordeel heeft kunnen vormen, vastgesteld dat Yukos Oil is veroordeeld tot betaling van bedragen die de winstbelastingschuld ruim overstegen op grond van een interpretatie van de regels aangaande heffing van BTW die op gespannen voet stond met de heersende Russische jurisprudentie, terwijl op dat punt van fraude geen sprake was en Yukos Oil inmiddels verzoeken tot toepassing van het nultarief had ingediend. De zeer grote BTW-schuld die Yukos Oil moest betalen is nog verhoogd met boetes in verband met recidive en opzet. De daaromtrent gevoerde procedures voldeden op meerdere punten niet aan de eisen van een behoorlijke rechtspleging.

4.60.3. Voorts is, voortbordurend op de conclusie van het EHRM, vastgesteld dat de Russische autoriteiten met de veiling van YNG niet te goeder trouw hebben gestreefd naar het genereren van een maximale opbrengst ter delging van legitieme belastingschulden. Dat oordeel ziet enerzijds op de BTW-schuld met boetes, die geen

legitieme schuld was en dus niet via de veiling geïnd had dienen te worden, en anderzijds op de wijze waarop de veiling zich heeft voltrokken.

4.60.4. Dat alles heeft tot zeer grote betalingsproblemen bij Yukos Oil geleid, hetgeen voor de Russische autoriteiten voorzienbaar moet zijn geweest gelet op de hoogte van de bedragen (die in de vele miljarden liepen), die binnen korte tijd betaald moesten worden. De autoriteiten hebben op verzoeken van Yukos Oil om haar op enigerlei wijze tegemoet te komen, bijvoorbeeld door betaling in termijnen toe te staan, niet gereageerd.

4.60.5. Yukos Oil is vervolgens, naar toen niet meer te voorkomen was, failliet gegaan, waarna haar belangrijkste vermogensbestanddelen op diverse manieren in handen van staatsbedrijven als Rosneft zijn gekomen. Na het faillissement is vervolgens aan Rosneft op belangrijke punten aanzienlijke coulance betracht, op een wijze die door of namens Yukos Oil eerder was verzocht zonder dat daarop gereageerd was (vermindering van de schulden, langere termijn voor terugbetaling).

4.60.6. In rov. 4.17.2 is (conform rov. 5.4.2 van het tussenarrest van 21 juni 2016) 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 (hiervoor kort samengevatte maar in het bovenstaande uitgebreid besproken) omstandigheden, in onderling verband en samenhang beschouwd, leidt het hof af dat beoogd werd om (uiteindelijk) het faillissement van Yukos Oil uit te lokken.

4.60.7. 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 (rov. 4.14.1 onder ii) als wat het materiële aspect betreft (rov. 4.14.1. onder iii).

4.61. Nu Rebgun zijn bevoegdheid tot het ontslaan van Misamore en Godfrey geheel ontleende aan de hoedanigheid van curator die hij op basis van dat faillissementsvonnis had, is de beslissing daartoe nietig, evenals de daarop volgende beslissing om Shmelkov (tezamen met Hogerbrugge) als bestuurder te benoemen. Achteraf bezien is Shmelkov nooit bestuurder van Yukos Finance geweest en zijn Godfrey en Misamore dat steeds gebleven.

4.62. Op grond van het voorgaande moet tevens worden aangenomen dat Rebgun nooit bevoegd is geweest om de aandelen in Yukos Finance te verkopen en te leveren aan Promneftstroy, zodat deze geen rechthebbende is geworden. Of zij te goeder trouw was of niet doet daarbij in die zin niet ter zake dat de bescherming die de wet biedt in art. 3:86 BW, dat als gevolg van de rechtskeuze voor Nederlands recht op de koopovereenkomst van toepassing is, niet geldt voor de koper van aandelen op naam als de onderhavige. Daarbij komt dat het Promneftstroy, er veronderstellenderwijs vanuit gaande dat zij te goeder trouw was in die zin dat zij niet onder één hoedje speelde met de Russische Federatie en/of Russische staatsbedrijven, niet ontgaan kan zijn dat de bevoegdheid van Rebgun in geschil was. Dat ervan uitgegaan kan worden dat zij zich daarvan bewust was, volgt uit de bijzondere bepalingen die zijn opgenomen in de akte van levering. Die bepalingen zien weliswaar specifiek op de problematiek rond de gelegde beslagen, doch daaruit blijkt tevens van voormeld dispuut. Bekend was voorts dat een EHRM-procedure liep, terwijl de betrokkenen bij Yukos Oil zich ook in de internationale pers uitvoerig over hun bezwaren tegen de gang van zaken hebben uitgelaten. De positie van Promneftstroy is daardoor die van een professionele, goed ingelichte koper die met open ogen een risico heeft genomen, welk risico zich heeft verwezenlijkt.

4.63. Tegen die achtergrond behoeven de door Godfrey c.s. uitvoerig besproken gegevens betreffende afspraken tussen de Russische autoriteiten en Promneftstroy (onder meer aangaande Project surplus en de overeenkomst van augustus 2007 met *sideletter*) als zonder belang voor de te nemen beslissing geen verdere bespreking.

4.64. De positie van Promneftstroy c.s. is voorts niet zodanig dat in het kader van de thans te nemen beslissing volstaan dient te (of kan) worden met minder vergaande consequenties dan de nietigheid van de koop en levering als in het arrest van 19 oktober 2010 (in rov. 3.6.1) bedoeld. Daarbij komt dat geen van partijen, ook Promneftstroy c.s. niet, heeft toegelicht welke vorm die minder vergaande consequenties dan aan zouden moeten (of kunnen) nemen.

4.65. Promneftstroy c.s. hebben nog wel aangevoerd dat meegewogen moet worden dat het niet-‘erkennen’ van het Russische faillissementsvonnis in dit geval een onacceptabel gevolg zou hebben. Yukos Oil bestaat immers niet meer en niet in te zien valt dat de aandelen in Yukos Finance aan Godfrey c.s. en/of Misamore zouden moeten toekomen, nu Godfrey en Misamore zelf feitelijk slechts korte tijd als bestuurder zijn opgetreden en niet over enigerlei volmacht van de belanghebbenden bij Yukos Finance, wie dat dan ook mogen zijn, beschikken. Voorts staat de Nederlandse openbare orde in de weg aan het aanvaarden van het onontkoombaar rechtsgevolg van het onthouden van ‘erkenning’, te weten het bestaan van een vennootschap (Yukos Finance) zonder aandeelhouder(s).

4.66. Die argumenten snijden geen hout. Zoals het hof in het arrest van 19 oktober 2010 in rov. 2.1.2 heeft vastgesteld, heeft Yukos Finance haar belangen (uiteindelijk) ondergebracht in een stichting die certificaten heeft uitgegeven en de activa beheert. Ter zitting is onbestreden toegelicht dat, als de verkoop van de

aandelen in Yukos Finance aan Promneftstroy in Nederland niet geldig blijkt, een procedure zal worden gevolgd die er, uiteindelijk, toe leidt dat de achterliggende belanghebbenden naar rato van hun rechten de beschikbare middelen ontvangen.

4.67. Voor zover Promneftstroy c.s. verdedigen dat Yukos Finance (Godfrey) een spookvennootschap is die daarom niet de huidige vorderingen kan instellen geldt dat het niet hebben van aandeelhouders niet gelijk is aan het rechtens niet bestaan. Een geschil over de geldigheid van de benoeming van bestuurders van een vennootschap of over de overname van haar aandelen maakt die vennootschap in rechte nog geen spookpartij. Voor het overige ziet het hof geen aanleiding voor het treden in de interne organisatie van procespartijen.

4.68. Belangrijker is echter dat geen sprake is van argumenten die ertoe zouden kunnen leiden dat het faillissementsvonnis met de benoeming van Rebgun als curator, waarvan de 'erkenning' op de hiervoor uitgebreid besproken gronden in strijd met de openbare orde is, toch 'erkend' zou moeten worden. De fundamentele aard van de openbare orde-toets staat eraan in de weg dat aan een vonnis dat die toets niet doorstaat niettemin rechtsgevolgen worden toegekend omdat het onthouden daarvan tot problemen van praktische en juridische aard aanleiding geeft.

4.69. Promneftstroy c.s hebben zich voorts beroepen op de leer dat *faits accomplis* gerespecteerd worden. De omstandigheid dat het in het internationale handelsverkeer onder omstandigheden onacceptabel is als door een ieder sinds jaar en dag als vaststaand geaccepteerde rechtsgevolgen van buitenlandse vonnissen (in dit geval het Russische faillissementsvonnis) plotsklaps niet juist zijn en/of niet blijken te bestaan (de leer van de acceptatie van *faits accomplis*) mist in dit geval gewicht. Wat er zij van die leer in het algemeen, zij ontleent haar betekenis vooral aan de problemen die voortvloeien uit het, na jaren, moeten terugdraaien van allerlei feitelijke en juridische beslissingen en handelingen, met name als daarbij derden betrokken zijn. De verplichting tot zulk terugdraaien kan zozeer in strijd met de rechtszekerheid en het bij derden bestaande vertrouwen zijn dat zij in de omstandigheden van het specifieke geval niet aanvaardbaar is.

4.70. Van dergelijke omstandigheden is in dit geval echter niet gebleken. Hoewel Promneftstroy al bijna tien jaar geleden de aandelen in Yukos Finance heeft gekocht lijken de praktische consequenties van het onthouden van 'erkenning' aan het Russische faillissementsvonnis beperkt, mede als gevolg van het feit dat de ge- en verboden in het bestreden vonnis uitvoerbaar bij voorraad zijn verklaard en dat partijen elkaar steeds in rechte hebben betrokken in geval van min of meer belangrijke ontwikkelingen. Met betrekking tot de grootste transactie die heeft plaatsgevonden (de verkoop van Transpetrol) is ter terechtzitting in hoger beroep na verwijzing door partijen bevestigd dat zij daarmee allen kunnen leven. Voor zover sprake is van alledaagse overeenkomsten (zoals "kleine" aankopen) is ter zitting verklaard dat geen behoefte bestaat om die ter discussie te stellen; voorbeelden van concrete, wel terug te draaien transacties konden partijen niet noemen.

4.71. Het voornaamste effect van de beslissing om aan het faillissementsvonnis in Nederland rechtsgevolg te onthouden is dat Promneftstroy US\$ 307 miljoen voor de aandelen Yukos Finance heeft betaald, zonder dat zij daarvoor iets heeft gekregen. De akte van levering d.d. 10 september 2007 bepaalt, kort samengevat, dat de aandelen voetstoots worden gekocht, dat partijen over en weer afstand doen van het recht vernietiging of ontbinding te vragen en (in art. 8.3) dat als een rechter zou vaststellen dat de verkoop neerkomt op onttrekking aan het beslag, de aandelen als niet geleverd moeten worden beschouwd en Promneftstroy geen recht heeft op teruggave van de koopprijs. Daaruit, en uit de gehele, alle partijen bekende, situatie op dat moment volgt dat Promneftstroy zich bij de (koop en) levering van de aandelen bewust was van de problemen die in het kader daarvan konden ontstaan, waaronder de mogelijkheid dat zij uiteindelijk de koopprijs betaald zou hebben zonder de aandelen te verwerven en dat risico kennelijk op de koop toe genomen heeft. Dat dit risico zich (in een andere vorm dan in de akte van levering voorzien) gerealiseerd heeft is, gegeven hetgeen hiervoor is overwogen, niet voldoende om tot een andere beslissing betreffende de 'erkenning' van het faillissementsvonnis te leiden.

4.72. Het voorgaande brengt mee dat de in rov. 3.9 bedoelde verklaringen voor recht voor zover door Godfrey c.s. en Misamore gevorderd zullen worden toegewezen en voor zover door Promneftstroy c.s. gevorderd zullen worden afgewezen. Het door Godfrey c.s. en Misamore gevorderde bevel en verbod zal worden afgewezen, omdat niet valt in te zien welk belang zij daarbij hebben ten aanzien van Promneftstroy c.s. In dat verband konden immers Godfrey c.s. en Misamore, zoals hiervoor al werd opgemerkt, ter zitting in hoger beroep na verwijzing geen concreet besluit of handelen aanwijzen dat teruggedraaid, verboden of geboden zou moeten worden. Datzelfde gold, desgevraagd, voor mogelijk op handen zijnde acties. Ook in de stukken in appel na verwijzing wordt op dit punt geen enkel concreet besluit of handelen genoemd, hoewel dat bij een dergelijke vordering wel van hen verwacht had mogen worden.

4.73. Met het voorgaande zijn alle grieven van Promneftstroy c.s. voor zover die na verwijzing nog bespreking behoeften, behandeld. Hetgeen verder over en weer is aangevoerd maakt voor de te nemen beslissingen geen verschil. Ter zake doende bewijsaanbiedingen zijn niet gedaan; de essentiële feiten staan vast, het gaat om de duiding ervan.

Slotsom

4.74. De in hoger beroep jegens Promneftstroy c.s. gevorderde verklaring voor recht zal worden toegewezen. De verdere jegens Promneftstroy c.s. ingestelde vorderingen (zie rov. 3.9) worden afgewezen. Voorts zal het door Promneftstroy c.s. gevorderde worden afgewezen.

Kosten

4.75. Promneftstroy c.s. worden als de voornamelijk in het ongelijk gestelde partij in de kosten in (principaal en incidenteel) appel veroordeeld, waarbij ook de kosten in de incidenten zijn verdisconteerd. Voor de gevorderde hoofdelijkheid van de kostenveroordeling is geen onderbouwing gegeven en bestaat geen grond.

Wat betreft de vertaalkosten die in eerste aanleg als onderdeel van de proceskosten jegens Shmelkov waren toegewezen en die door Godfrey c.s. en Misamore in appel van Promneftstroy c.s. zijn gevorderd maar die door het hof in het arrest van 19 oktober 2010 zijn afgewezen, geldt dat daarover door de Hoge Raad reeds is beslist in die zin dat bij het arrest van 13 september 2013 (rov. 4.4.1) de cassatieklacht op dat punt ongegrond is verklaard. Voor zover Godfrey c.s. en Misamore de nadien gemaakte vertaalkosten nog als onderdeel van de proceskosten vorderen van Promneftstroy c.s. wordt die vordering op de in laatstbedoeld arrest door de Hoge Raad samengevatte gronden afgewezen.

Inhoudelijke beoordeling in de na het arrest van 19 oktober 2010 voortgezette zaak (200.002.104/02)

4.76. In het arrest van 19 oktober 2010 is ten aanzien van de door Shmelkov aangevoerde grieven 1 tot en met 5 en 8 tot en met 13 geoordeeld dat deze niet tot vernietiging van de bestreden uitspraak leiden. Dat zijn uitdrukkelijk en zonder voorbehoud gegeven oordelen en daarmee bindende eindbeslissingen, waaraan dit hof gebonden is. Het hof kan daarop slechts terugkomen als een *eindbeslissing berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, (...) teneinde te voorkomen dat hij op een ondeugdelijke grondslag een einduitspraak zou doen*. (HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2800, NJ 2008/553).

4.77. Shmelkov heeft het hof in zijn memorie na verwijzing verzocht op sommige beslissingen terug te komen omdat deze oordelen volgens hem onjuist zijn.

4.78. De eerste grief van Shmelkov ziet op het ontbreken van belang bij Godfrey c.s. en Misamore. In het arrest van 19 oktober 2010 (rov. 3.2.1) is daarover overwogen dat Godfrey c.s. en Misamore voldoende belang als vereist ingevolge de artt. 3:302 en 3:303 BW hebben. Godfrey pretendeert nog altijd bestuurder van Yukos Finance te zijn en is dus onmiddellijk belanghebbende bij de rechtsverhouding waaromtrent het declaratoir wordt verlangd. Daarbij komt dat hij zelfstandig belang heeft bij het ongedaan maken van nietige besluiten van de rechtspersoon. Dat gold destijds net zo voor Misamore. Yukos Finance (Godfrey) heeft een zelfstandig belang bij het ongedaan maken van besluiten die in haar naam genomen (zouden) zijn. Voorts kan de beslissing van belang zijn in andere procedures waarin Godfrey c.s. en Misamore worden aangesproken op nalaten dan wel handelen van/namens Yukos Finance.

4.79. Shmelkov meent dat het hof door aldus te overwegen zijn grief heeft miskend. Hij heeft die bij pleidooi op 28/29 november 2016 zo toegelicht dat Godfrey en Misamore hun ontslag niet bij de rechtspersoon zelf - Yukos Finance - hebben aangevochten, terwijl een declaratoir arrest jegens de vertegenwoordiger van Yukos Oil - met wie kennelijk Promneftstroy c.s. en/of Shmelkov zelf worden bedoeld, nu Rebgun geen rol meer speelt - niet kan leiden tot een onbetwistbare vaststelling van de rechtsverhouding tussen Yukos Finance en haar (voormalige) bestuurders. Om die reden hebben zij niet het vereiste belang bij die vordering. Bij dat pleidooi heeft Shmelkov voorts aangevoerd dat het belang in de loop van een procedure kan komen

te vervallen. Niet in te zien valt, volgens Shmelkov, welk belang er nu nog bestaat bij de vorderingen.

4.80. Het hof komt niet terug op voormelde beslissing. Het aspect waaraan Shmelkov refereert doet, wat er verder van zij, niet af aan de in het arrest van 19 oktober 2010 genoemde, hiervoor geciteerde belangen van Godfrey en Yukos Finance (Godfrey) die niet alleen nog steeds relevant, maar ook voldoende moeten worden geacht. Dat geldt ook ten aanzien van Misamore.

Ook het argument dat Yukos Finance (Godfrey) een spookpartij is, wordt verworpen. Een geschil over de geldigheid van de benoeming van bestuurders van een vennootschap of over de overname van haar aandelen maakt die vennootschap in rechte nog geen spookpartij. Het niet hebben van aandeelhouders is ook niet gelijk aan het rechtens niet bestaan. Voor het overige ziet het hof geen aanleiding voor het treden in de interne organisatie van procespartijen.

4.81. Het hof ziet echter wel aanleiding om bij deze beslissing de kanttekening te plaatsen, dat niet valt in te zien welk belang Godfrey c.s. en Misamore hebben bij het gevorderde bevel/gebod jegens Shmelkov om mee te werken aan ongedaanmaking van de gevolgen van de door hem genomen bestuursbesluiten en bij het gevorderde verbod aan Shmelkov enig recht uit hoofde van zijn vermeende vertegenwoordigingsbevoegdheid namens Yukos Finance uit te oefenen (zie rov. 3.1 en 3.9) en vindt hierin aanleiding om dit bevel/gebod alsnog af te wijzen. In dat verband verdient opmerking dat Shmelkov gedurende een periode van nog geen dertien maanden, die eindigde negen jaar geleden, bestuurder van Yukos Finance is geweest. Godfrey c.s. en Misamore konden bovendien ter zitting in hoger beroep na verwijzing geen enkel concreet besluit noemen dat ongedaan gemaakt zou moeten worden en waarvoor Shmelkovs medewerking nodig zou zijn en evenmin enige dreigende handeling waarop het verbod betrekking zou kunnen hebben. Ook in de stukken zijn geen concrete besluiten of handelingen genoemd. Het daadwerkelijk opeisen van (beweerdelijk) verbeurde dwangsommen is kennelijk, mede gelet op hetgeen daarover bij genoemd pleidooi werd opgemerkt, tot dusverre niet aan de orde geweest. Dat betekent dat het vonnis voor zover betreffende Shmelkov op dat punt vernietigd dient te worden.

4.82. Voor het overige bestaat geen aanleiding om terug te komen op bindende eindbeslissingen in het arrest van 19 oktober 2010. Ook als het aansluiten bij de standpunten van Promneftstroy c.s. moet worden beschouwd als voldoende onderbouwing voor een verzoek tot heroverweging blijkt uit hetgeen met betrekking tot de desbetreffende punten hiervoor in de zaken met nummers 200.002.097/02 en 200.002.104/02 jegens Promneftstroy c.s. is overwogen dat en waarom het hof de betrokken eindbeslissingen ook nu niet onjuist acht en derhalve geen aanleiding ziet om daarop terug te komen.

4.83. De grieven die thans nog ter beslissing voorliggen zijn grief 6 (waarin wordt gesteld dat de insolventieprocedure geen appel is van de fiscale procedure), grief 14 (waarin het oordeel dat de belastingprocedure betreffende de naheffing over 2000 de toets der kritiek niet kan doorstaan wordt aangevochten), 7, 15 en 16 (die alle, vanuit

verschillende invalshoeken, zien op het causaal verband tussen de fiscale en de insolventieprocedures) en grief 17 (die ziet op dwangsommen en de kosten-veroordeling).

Afgezien van grief 17 hebben al deze grieven betrekking op het thans voorliggende centrale probleem, te weten of aan de totstandkoming van het Russische faillissementsvonnis waarbij Rebgun als curator is aangesteld zodanige gebreken kleven dat de toekenning van rechtsgevolgen daaraan - de meergenoemde 'erkenning' daarvan - de openbare orde schendt.

EHRM

4.84. Shmelkov beroept zich op het hiervoor in beide zaken jegens Promneftstroy c.s. uitvoerig geciteerde en besproken oordeel van het EHRM, dat naar zijn mening gezaghebbend is en in dit geding tot uitgangspunt genomen zou moeten worden. Met name wijst hij erop dat het EHRM tot de conclusie is gekomen dat van politieke onteigening geen sprake is geweest en dat voldoende is gebleken dat Yukos Oil betrokken was bij een zeer grootschalige belastingfraude. Hoewel het EHRM op enkele ondergeschikte punten (de tekortschietende verdedigingsmogelijkheid in het kader van de aanslag winstbelasting over 2000 - de komkommerkratjeskwestie - de excessieve boetes (ten dele ondanks verjaring geïnd) en de door de deurwaarders toegepaste *fees*) kritiek had op de Russische procedures stonden de Russische autoriteiten grosso modo in hun recht door Yukos Oil aan te spreken op haar belastingverplichtingen (zowel winstbelasting als BTW) en daarbij doortastend te werk te gaan. Shmelkov meent dan ook dat op basis hiervan dit hof tot de conclusie behoort te komen dat van strijd met de openbare orde geen sprake is.

4.85. Godfrey c.s. en Misamore stellen zich op het standpunt dat het oordeel van EHRM op belangrijke punten ondeugdelijk, slecht onderbouwd en niet overtuigend is. Van een grootschalige fraude door Yukos Oil was geen sprake. Zelfs als de constructie met de vennootschappen in met name Mordovië niet toelaatbaar was, kon in elk geval daarop niet de BTW-heffing worden gebaseerd die meer dan de helft van de totale belastingschuld uitmaakte. Dit hof zou dan ook, in de visie van Godfrey c.s. en Misamore, met de rechtbank tot het oordeel moeten komen dat het Russische faillissementsvonnis niet voor 'erkenning' in aanmerking komt wegens strijd met de openbare orde.

4.86.1. Zoals uit het voorgaande blijkt komen de stellingen van Shmelkov op hetzelfde neer als de stellingen van Promneftstroy c.s. in beide zaken. Het hof komt dan ook tot dezelfde analyse en beoordeling als hiervoor, in de zaken voor zover Promneftstroy c.s. daarin partij is, is weergegeven en in rov. 4.60.1-4.60.7 is samengevat en van een slotsom voorzien.

4.86.2. 'Erkenning' van het faillissementsvonnis, in de zin dat daaraan in Nederland rechtsgevolgen worden toegekend, moet ook in de zaak waarin Shmelkov partij is als strijdig met de openbare orde worden beschouwd, zowel wat het procedurele aspect (rov. 4.14.1 onder ii) als wat het materiële aspect betreft (rov. 4.14.1 onder iii). Het hof wijst in dit verband op de overwegingen omtrent de gang van zaken in de Russische procedures (in de zaken na verwijzing) die hier als herhaald en ingelast moeten

worden beschouwd en de daaraan verbonden gevolgtrekking dat de schendingen van Russische (belasting)rechtsregels door de Russische autoriteiten hebben plaatsgevonden met het kennelijke oogmerk om betalingsonmacht en uiteindelijk het faillissement van Yukos Oil uit te lokken.

4.87. Nu Rebgun zijn bevoegdheid tot het ontslaan van Misamore en Godfrey geheel ontleende aan de hoedanigheid van curator die hij op basis van dat vonnis had, is die beslissing nietig, evenals de daarop volgende beslissing om Shmelkov te benoemen. Achteraf bezien is Shmelkov nooit bestuurder van Yukos Finance geweest en zijn Godfrey en Misamore dat steeds gebleven.

Slotsom in zaak 200.002.104/02 voor zover betreffend Shmelkov

4.88. Dat betekent, dat alle grieven voor zover zij zien op de verklaringen voor recht falen en het bestreden vonnis in zoverre bekrachtigd dient te worden. Voor het overige vloeit uit hetgeen hiervoor in rov. 4.81 is overwogen een gedeeltelijke vernietiging voort.

Kosten in zaak 200.002.104/02 voor zover betreffend Shmelkov

4.89. Shmelkov zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de kosten in principaal en incidenteel appel en in de incidenten worden veroordeeld (salaris tarief II). Grief 17 faalt dan ook.

5. Beslissing

Het hof:

rechtdoende in het principaal en incidenteel appel

in de zaken 200.002.097/02 en 200.002.104/02 voor zover betreffend Promneftstroy c.s.:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor zover nog aan het oordeel van het hof onderworpen;

en voorts rechtdoende op de vorderingen in hoger beroep:

verklaart voor recht dat Promneftstroy geen rechthebbende op de aandelen in Yukos Finance is geworden;

wijst de vorderingen van Godfrey c.s. en Misamore voor het overige af;

wijst de vorderingen van Promneftstroy c.s. af;

veroordeelt Promneftstroy c.s. in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van Godfrey c.s. en Misamore (gezamenlijk, wat betreft de periode voor verwijzing) begroot op € 303 aan verschotten en € 34.350 voor salaris, en na verwijzing, aan de

zijde van Godfrey c.s. en Misamore (afzonderlijk) begroot op € 34.350 respectievelijk € 32.060 voor salaris;

in de zaak 200.002.104/02 voor zover betreffend Shmelkov:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, behoudens ten aanzien van de beslissingen inzake de bevelen en verboden en vernietigt het vonnis waarvan beroep in zoverre,

en opnieuw rechtdoende:

wijst de vorderingen van Godfrey c.s. en Misamore voor zover betreffende de gevorderde bevelen en verboden af;

veroordeelt Shmelkov in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van Godfrey c.s. en Misamore begroot op € 2.682 voor salaris;

in beide zaken, voor zover betreffend Promneftstroy en Shmelkov:

verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad voor zover het de veroordelingen betreft.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten, E.E. van Tuyll van Serooskerken-Röell en J.W.M. Tromp en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 9 mei 2017.

mr. C.C. Meijer