

Prof. mr. B. Wessels*

Over de rechtsmacht van de rechter in faillissementszaken

INLEIDING

1. Faillietverklaring geschiedt door de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar, aldus de tekst van art. 2 lid 1 Faillissementswet (Fw). Voor drie situaties bevat art. 2 Fw enkele bijzonderheden voor het vaststellen van de algemene competentie van de rechtbank. Deze zijn opgenomen in art. 2 lid 2-4 Fw. Het zijn de volgende gevallen:

- indien de schuldenaar zich buiten het Rijk in Europa heeft begeven, is de rechtbank van zijn laatste woonplaats bevoegd (lid 2);
- ten aanzien van ‘vennoten onder ene firma’ is de rechtbank, binnen welker gebied het kantoor van de vennootschap is gevestigd, mede bevoegd (lid 3);
- indien de schuldenaar binnen het Rijk in Europa geen woonplaats heeft, maar aldaar een beroep of bedrijf uitoefent, is de rechtbank, binnen welker gebied hij een kantoor heeft, bevoegd (lid 4).¹

Aan de hand van recente rechtspraak en literatuur plaats ik bij deze regeling enkele kanttekeningen.²

RECHTBANK VAN DE WOONPLAATS

2. Bevoegd is de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar. Ten aanzien van het begrip ‘woonplaats’ dient te worden onderscheiden tussen de woonplaats van een natuurlijk persoon en die van een rechtspersoon. Waar iemands woonplaats is, wordt geregeld in art. 1:10 e.v. BW. De woonplaats van een natuurlijk persoon is, volgens art. 1:10 lid 1 BW, zijn woonstede, en bij gebreke van woonstede, ter plaatse van zijn werkelijk verblijf. Een rechtspersoon heeft zijn woonplaats ter plaatse waar hij volgens wettelijk voorschrift of volgens zijn statuten of reglementen zijn zetel heeft, aldus art. 1:10 lid 2 BW.

De regel dat de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar bevoegd is, geldt ook voor die gevallen waarbij woonplaats en kantoor op verschillende plaatsen gelegen zijn: ‘Men denke aan de vele kooplieden die, terwijl zij hun kantoor in Amsterdam houden, te Haarlem of te Baarn (arrondissement Utrecht) wonen’, aldus de memorie van toelichting, waaruit verder volgt dat de wetgever beoogde het geven van een spoedige en eenvoudige beslissing ter zake van de faillietverklaring, waardoor ‘[n]oodeloze omslag en chicanes’ en tijdverlies worden voorkomen.³ Met het oog op voorkomen van chicanes verklaart Rb. Zutphen 8 juni 2006 zich bevoegd om van het faillissementsverzoek kennis te nemen dat op 30 mei 2006 is ingediend ten aanzien van een B.V. die bij notariële akte, verleden op 29 mei 2006, haar statutaire zetel heeft verplaatst.⁴

3. De regeling in art. 2 Fw is van openbare orde. De algemene bevoegdheid van de rechter dient hij ambtshalve te onderzoeken. Noch bij een rechtskeuze-beding, noch bij een forumkeuze-beding kan van de regel dat de (Nederlandse) rechtbank bevoegd is een faillissementsaanvraag te behandelen worden afgeweken.⁵ De rechter dient ook zijn relatieve bevoegdheid (welke rechtbank binnen welk arrondissement is bevoegd?) ambtshalve te toetsen.⁶ Als hij oordeelt dat niet hij maar een andere rechter (van gelijke rang) bevoegd is, verwijst hij de zaak naar die andere rechter. Als de zaak wordt verwezen wegens ontbreken van relatieve bevoegdheid staat daarvan geen hoger beroep open.⁷ Niet ieder hof houdt zich aan deze verankerde procesrechtelijke regel.⁸ De krachtens art. 2 Fw bevoegde rechter is bij uitsluiting bevoegd ten aanzien van alle rechterlijke beslissingen die in de loop van het faillissement genomen moeten worden.

* Prof. mr. B. Wessels is emeritus hoogleraar internationaal insolventierecht Universiteit Leiden.

1. De in art. 2 genoemde rechtbank is ook bevoegd ter zake van de verlening van surseance van betaling, zie art. 214 lid 2 Fw, of tot het uitspreken van de toepassing van de schuldsaneringsregeling, zie art. 284 lid 2 Fw.
2. Ik ga er veronderstellende wijze van uit dat de Europese Insolventieverordening niet van toepassing is.
3. Zie G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de Wet op het faillissement en de surséance van betaling*, bewerkt door G.W. baron van der Feltz, deel I (1896); heruitgave bewerkt door S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, Serie Onderneming en Recht, deel 2-I, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994 (hierna: Van der Feltz I (1896)), p. 253 e.v.
4. Te kennen uit HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2724 (cassatieberoep niet ontvankelijk).
5. Aldus ten aanzien van de absolute competentie: Hof Arnhem 28 november 1984, *NJR* 1985/652; *NIPR* 1985/461.
6. HR 28 januari 1983, *NJ* 1983/465, m.nt. B. Wachter.
7. HR 1 juli 1993, *NJ* 1993/670. In dit geval had de rechtbank ten onrechte aangenomen dat zij bevoegd was. Tegen een uitspraak waarbij beroep op de relatieve onbevoegdheid van de rechter wordt verworpen is geen hogere voorziening toegelaten, zie concl. A-G E.M. Wesseling-van Gent, bij HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2724.
8. Voor twee voorbeelden waarin een hof zich bevoegd achtte een schuldsanering uit te spreken, zie B.J. Engberts, *Voorlopige voorzieningen en dwangregeling in het schuldsaneringsrecht* (diss. Leiden; Serie Recht en Praktijk Insolventierecht, deel 6), Deventer: Wolters Kluwer 2015, par. 3.3.

WOONPLAATS NATUURLIJK PERSOON

4. Een natuurlijk persoon heeft zijn woonplaats daar waar betrokkene werkelijk woont, met zijn gezin, waar hij zijn zaken behartigt en zijn eigendommen en overige goederen beheert. Het is de plaats waar hij/zij met betrekking tot de uitoefening van zijn rechten en de vervulling van zijn verplichtingen, ook bij feitelijke afwezigheid, geacht wordt bij voortduring aanwezig te zijn. Wie geen daadwerkelijk en bestendig verblijf (woonplaats) heeft, heeft zijn woonplaats ter plaatse waar hij werkelijk verblijft (bijvoorbeeld bij een korte duur in een pension of een hotel). Dit is de algemene benadering in zaken van burgerlijk procesrecht voor woonplaatskwesies, waarmee wordt aangesloten bij het woonplaatsbegrip in het personen- en familierecht, zie art. 1:10 e.v. BW, en ik meen dat deze ook voor het insolventieprocesrecht aangewezen is.⁹

5. Art. 6 lid 3 Fw bepaalt dat de faillietverklaring wordt uitgesproken indien summierlijk blijkt van feiten en omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen. Indien de aanvrager van het faillissement een schuldeiser is dient ook summierlijk van diens vorderingsrecht te blijken. Hoewel art. 6 lid 3 Fw dit niet uitdrukkelijk bepaalt, behoeft bij de faillissementsaanvraag ook van de woonplaats van de schuldenaar slechts summierlijk te blijken. De beslissing dat de schuldenaar in een bepaalde gemeente zijn woonplaats had ten tijde van de indiening van het verzoek tot faillietverklaring, omdat hij aldaar zijn woonstede had, is feitelijk. Daartegen kan in cassatie niet worden opgekomen.¹⁰ Uit deze regel volgt al dat beslissend is de woonplaats ten tijde van het verzoek tot faillietverklaring of van de eigen aangifte van de schuldenaar zelf. Er bestaat geen grond om hierover – bijvoorbeeld in hoger beroep – anders te oordelen als de verandering van de woonplaats van de schuldenaar een onvrijwillige is en niet is ingegeven door een poging de behandeling van de faillissementsaanvraag te frustreren. Een verlies of verandering van de woonplaats¹¹ na de dag waarop het verzoek werd ingediend kan de rechtbank dus niet onbevoegd maken.¹²

WOONPLAATS RECHTSPERSOON

6. Een rechtspersoon heeft zijn woonplaats ter plaatse waar zijn zetel is. De plaats van de zetel wordt bepaald, aldus art. 1:10 lid 2 BW, volgens wettelijk voorschrift of volgens zijn statuten of reglementen. De zetel duidt niet op een concrete locatie, zoals een kantoorgebouw of een

fabrieksterrein, maar heeft betrekking op een in statuten of de wet opgenomen geografische eenheid (meestal een gemeente) als plaats van vestiging van de rechtspersoon.¹³ In de praktijk bepalen bijna zonder uitzondering de statuten van de rechtspersoon de zetel. Indicatief voor de rechterlijke bevoegdheid is dan deze statutaire vestigingsplaats. In het niet goed voorstelbare geval dat wet of statuten geen zetel hebben bepaald, zal de rechtspersoon daar woonplaats hebben waar hij kantoor houdt, zie art. 1:14 BW. Voor privaatrechtelijke rechtspersonen is dus de statutaire vestigingsplaats beslissend, ongeacht waar ten tijde van de faillietverklaring (de onderneming van) de rechtspersoon zijn bedrijf of bedrijven heeft, zijn voorraden aanhoudt, waar zijn schuldeisers hun zetel of woonplaats hebben, waar het computercentrum is gelokaliseerd of waar zijn kantoor zich bevindt. De behandeling van de faillietverklaring kan dan geschieden door de rechtbank van de plaats waar de statutaire vestigingsplaats zich bevindt; dit kan niet door de rechtbank van de plaats waar het bedrijf wordt uitgeoefend of waar kantoor wordt gehouden, aangezien die faillietverklaring niet een aangelegenheid is die het kantoor, als bedoeld in art. 1:14 BW, betreft.¹⁴

7. Hoe nu bij een rechtspersoon die zijn zetel in het buitenland heeft? In de rechtspraak ken ik daarvan slechts een zaak, te weten een rechtspersoon opgericht naar het recht van Delaware, waar ook zijn zetel is.¹⁵ De Zwolse rechtbank oordeelt dat er geen statutaire zetel in Nederland is. Volgens de *bylaws* (statuten) is sprake van een ‘place of incorporation’, maar dat is de plaats (in casu het kantoor van de Amerikaanse raadsman) waar de rechtspersoon feitelijk is opgericht. De rechtbank acht zich alleen bevoegd indien die rechtspersoon hier te lande binnen het rechtsgebied van de rechtbank kantoor houdt c.q. laatstelijk heeft gehouden. In casu heeft deze rechtspersoon kantoor gehouden in een ander arrondissement (Assen), welke rechtbank bevoegd is.¹⁶ Voor het geval van een vreemde rechtspersoon die hier te lande geen zetel, maar alleen een kantoor heeft, heeft Bloembergen (annotatie onder *NJ* 1973/16) voor deze opvatting steun geboden. Hij meent dat in dat geval faillietverklaring wel een aangelegenheid in de zin van art. 1:14 BW is. Deze opvatting is op grond van de wetsgeschiedenis niet aanvaardbaar, strijdt met het systeem van de wet en staat haaks op het gegeven dat faillietverklaring naar haar aard een algemene beslagmaatregel is en derhalve een aangelegenheid van de rechtspersoon, en niet van het kantoor.¹⁷

9. Zie in deze zin Rb. Maastricht 22 juni 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AU3021; *SchuldSanering* 2006/6, p. 41 e.v.

10. Zie HR 6 april 1944, *NJ* 1944/323.

11. Vergelijk art. 1:11 BW.

12. HR 2 april 1982, *NJ* 1982/319.

13. Nader over het woonplaatsbegrip bij rechtspersonen Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/48.

14. In deze zin HR 21 april 1972, *NJ* 1973/16, m.nt. A.R. Bloembergen. Art. 1:14 BW geldt zowel voor natuurlijke personen als voor rechtspersonen, zie HR 17 november 1978, *NJ* 1979/149.

15. Rb. Zwolle 1 november 1995, *NJKort* 1995/59; *NIPR* 1994/171.

16. Art. 2 lid 5 Fw regelt voor de gevallen genoemd in art. 2 lid 3 en 4 Fw welke rechtbank in geval van concurrentie van competentie tussen deze relatief bevoegd is. Ik laat deze onbesproken.

17. In deze zin ook concl. A-G W.J.M. Berger, bij HR 1 juli 1976, *NJ* 1977/263. Het kan goed zijn dat deze vennootschap zijn centrum van voornaamste belangen in de EU heeft, zodat de Insolventieverordening van toepassing is.

DE SCHULDENAAR BUITEN HET RIJK IN EUROPA

8. Indien de schuldenaar ‘... zich buiten het Rijk in Europa heeft begeven’, dan is de rechtbank van zijn laatste woonplaats bevoegd, zie art. 2 lid 2 Fw.¹⁸ De wetgever heeft art. 2 lid 2 Fw opgenomen om te voorkomen dat een in Nederland wonende schuldenaar zich aan faillietverklaring hier te lande zou kunnen onttrekken door zijn woonplaats naar het buitenland te verleggen.¹⁹ Uit de tekst van art. 2 lid 2 Fw (de ‘schuldenaar’ die zich buiten het Rijk in Europa ‘heeft begeven’) en de strekking van de bepaling (die alleen de competente rechter aanwijst) volgt, dat de schuldenaar moet zijn aangegaan vóórdat de debiteur zich naar het buitenland begaf.²⁰ Voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter is het, meen ik, voldoende dat de schuld voortspuit uit een ten tijde van het vertrek van de schuldenaar reeds bestaande rechtsverhouding of -betrekking, waaruit na dat vertrek de schuld is ontstaan.²¹ In recente rechtspraak is daarover anders geoordeeld. Zie het volgende geval.²²

9. A kocht op 9 september 2014 een collectie kunstwerken van een vennootschap voor een bedrag van € 120 000. Voor de verplichtingen van de verkoper heeft een natuurlijk persoon, X, zich jegens A garant gesteld. Bij e-mail van 3 juli 2015 heeft A deze X aangesproken uit hoofde van de garantstelling. Een week daarvoor echter had X zich uitgeschreven uit de gemeentelijke basisadministratie en hij stelt thans in Zwitserland te wonen. Omdat betaling uitblijft, vraagt A per verzoekschrift d.d. 14 september 2015 het faillissement van X aan. Op 13 oktober 2015 wordt X door de rechtbank failliet verklaard omdat de rechtbank oordeelt dat zijn rechtsmacht ligt in art. 3 lid 1 Insolventieverordening (het centrum van voornaamste belangen van X ligt in Nederland). In hoger beroep voert X echter aan dat de Nederlandse rechter in het geheel niet bevoegd is, omdat zijn centrum van voornaamste belangen in Zwitserland ligt. Verder voert hij aan dat A in het geheel geen opeisbare vordering heeft en dat er verder geen sprake is van pluraliteit. Het hof stelt vast dat X’s centrum van voornaamste belangen inderdaad niet in Nederland ligt, zodat de nationale regeling omtrent rechtsmacht in faillissementszaken relevant wordt. Ook stelt het hof, dat naar eigen zeggen ten overvloede overweegt dat indien en voor zover de Nederlandse rechter op basis van art. 3 Insolventieverordening wel rechtsmacht zou hebben (‘(...) er vanuit gaande dat de COMI van [appellant] wel in Nederland is gelegen’), dat art. 2 Fw relevant wordt.²³ Het hof zet kort de betekenis van

deze bepaling uiteen, waarna het overweegt dat uit de feiten blijkt dat A pas ná zijn vertrek naar Zwitserland als medeschuldenaar is aangesproken. Het hof twijfelt of inderdaad sprake is van een schuld van X als garant aan A, maar in ieder geval is ‘(...) niet voldaan aan het vereiste van lid 2 van artikel 2 FW, dat de schuldenaar reeds bij zijn vertrek naar het buitenland minimaal één schuld jegens de schuldeiser heeft. Ook op deze grond was de rechtbank Zeeland-West-Brabant niet bevoegd om kennis te nemen van het inleidende verzoekschrift’.

10. Zoals ik hiervoor aangaf acht ik het op dit punt voldoende dat de schuld voortvloeit uit een ten tijde van het vertrek van de schuldenaar reeds bestaande rechtsverhouding. In het licht van de strekking van de bepaling (de vrees voor een spoedig opkomende vordering kan voor de schuldenaar aanleiding zijn zich buiten het Rijk in Europa te begeven en zich zo te onttrekken aan een faillietverklaring in Nederland) past deze ruimere zienswijze. In haar annotatie steunt Beunk deze opvatting, maar voegt toe dat de aangehaalde overweging van het hof, namelijk dat er eveneens geen sprake was van de vereiste pluraliteit van schuldeisers, voldoende zou zijn geweest voor de vernietiging van de faillietverklaring.²⁴ Deze vaststelling leidt echter tot een andere vraag. Dient ten tijde van het vertrek reeds vast te staan dat sprake is van de in art. 1 lid 1 Fw bedoelde toestand van de schuldenaar van te hebben opgehouden met betalen van zijn schulden? Het wordt in de rechtspraak niet aangenomen.²⁵

VENNOOTSCHAP ONDER FIRMA EN FIRMANT

11. Art. 2 lid 3 Fw introduceert een aanvullend bevoegde rechtbank. Hij die vennoot is in een vennootschap onder firma kan failliet worden verklaard door de rechtbank van zijn woonplaats (art. 2 lid 1 Fw), aangezien een vennoot hoofdelijk aansprakelijk is voor het geheel van de schulden van de v.o.f. Art. 2 lid 3 Fw verklaart (naast de rechtbank van die woonplaats) mede bevoegd de rechtbank, binnen welker gebied het kantoor van de vennootschap is gevestigd.

Het is goed eraan te herinneren dat tot februari 2015 bijna een eeuw lang in de rechtspraak als vaststaande regel werd aangenomen dat het vonnis tot faillietverklaring van een v.o.f. noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten met zich bracht.²⁶ In het arrest van 6 februari 2015 is met zoveel woorden in cassatie bepleit dat de Hoge Raad te

18. Voor een toepassing, zie Hof Amsterdam 7 juli 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3413, *JOR* 2015/314, m.nt. B.E. Verburgt.

19. Aldus HR 1 juli 1976, *NJ* 1977/263, m.nt. B. Wachter. In gelijke zin Hof ’s-Hertogenbosch 16 december 1993, *NIPR* 1994/156.

20. Zo bijvoorbeeld HR 3 december 1982, *NJ* 1983/495, m.nt. B. Wachter, en Hof Amsterdam 28 februari 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX0337.

21. Zie *Wessels Insolventierecht I* 2012/1377. In deze zin ook Wachter in zijn annotatie onder HR 3 december 1982, *NJ* 1983/495.

22. Hof ’s-Hertogenbosch 26 november 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4867; *JOR* 2016/108, m.nt. D. Beunk onder *JOR* 2016/209; *INS* 2015-0307, m.nt. R. de Weijts.

23. Ik laat hier buiten discussie dat deze overweging ten overvloede juist is. Indien de Insolventieverordening de rechtsmacht bepaalt, is deze exclusief.

24. In gelijke zin het commentaar van De Weijts.

25. In deze zin HR 18 februari 1904, *W* 8037. Anders Hof Amsterdam 18 mei 1938, *NJ* 1939, p. 142, maar HR 3 december 1982, *NJ* 1983/495, bevestigt zijn uitspraak van 1904.

26. Zie onder meer HR 14 april 1927, *NJ* 1927, p. 725, nt. PS en HR 22 december 2009, *NJ* 2010/15; *JOR* 2010/247.

rugkomt van deze vaste rechtspraak. De Hoge Raad laat zich overtuigen.²⁷ Dit is de casus.

Schuldeiser Bepro B.V. heeft de rechtbank verzocht om de v.o.f. VDV Totaalbouw ('VDV') en haar (mede)vennoot X in staat van faillissement te verklaren. Daarop heeft X verzocht om toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Hij verschijnt echter niet ter zitting en had bovendien bij zijn verzoek niet alle vereiste bijlagen overgelegd. Hij trekt zijn verzoek in, waardoor de v.o.f. en de vennoot X opnieuw worden opgeroepen voor een faillissementszitting. Kort voor die zitting heeft X weer een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling ingediend, maar wederom ontbreken de vereiste bijlagen, waarop de v.o.f. en X in staat van faillissement worden verklaard. X gaat in verzet tegen de vonnissen tot faillietverklaring van VDV en van hemzelf privé. De rechtbank verklaart dit verzet ongegrond. X gaat in hoger beroep en verzoekt om de faillietverklaring van hemzelf te vernietigen en hem alsnog toe te laten tot de schuldsaneringsregeling. Het hof bekrachtigt echter het vonnis van de rechtbank, daarbij de bijna een eeuw bestaande vaste rechtspraak volgend dat een vonnis tot faillietverklaring van een v.o.f. automatisch meebrengt dat ook de vennoot in staat van faillissement wordt verklaard. Zoals aangegeven, de klacht in cassatie dat dit oordeel getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, wordt door de Hoge Raad gevolgd. In de kern draagt de Hoge Raad vier argumenten aan:

- i. Omdat in de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen vennoten en v.o.f. moet worden onderscheiden, is volgens de Hoge Raad '(...) het niet noodzakelijk dat, (...) , het faillissement van de vennoten steeds en zonder meer intreedt als een gevolg van het faillissement van de vof.'
- ii. De invoering per 1 december 1998 van de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen heeft tot gevolg dat de regel dat het faillissement van de vennoten steeds en zonder meer intreedt als een gevolg van het faillissement van de v.o.f. '(...) niet langer op zijn plaats' is. De toepassing van de schuldsaneringsregeling staat immers open voor natuurlijke personen met zakelijke schulden, hetgeen meebrengt dat vennoten (natuurlijke personen) die een Wsnp-verzoek hebben ingediend, niet zonder meer failliet verklaard dienen te worden indien het faillissement van de v.o.f. wordt uitgesproken.
- iii. Het arrest HvJ EU 15 december 2011, C-191/10, ECLI:EU:C:2011:838, NJ 2012/258, r.o. 25-29 (*Rastelli*), kent de regel dat de rechter ten aanzien van

elke schuldenaar afzonderlijk dient te bepalen of hem op grond van art. 3 lid 1 dan wel art. 3 lid 2 Insolventieverordening internationale bevoegdheid toekomt om een insolventieprocedure te openen. De Nederlandse vaste-rechtspraak-regel is daarmee niet te verenigen indien de vennootschap in Nederland is gevestigd en de vennoten in een andere lidstaat of andere lidstaten wonen. Ook in zoverre is die regel dus niet (langer) op zijn plaats.

- iv. Het staat op gespannen voet met de aan art. 6 EVRM ten grondslag liggende beginselen om een vennoot in privé failliet te verklaren, zonder dat dit ook ten aanzien van hem afzonderlijk is verzocht en zonder dat is onderzocht of hij ook in privé verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen.²⁸

12. Het expliciet verwerpen van de regel dat het faillissement van een v.o.f. steeds en noodzakelijkerwijs het faillissement van de vennoten ten gevolge heeft, heeft verschillende gevolgen. Voor een ervan vraag ik hier aandacht. Een schuldeiser die niet alleen het faillissement van de v.o.f. maar ook dat van de vennoten wil bewerkstelligen, dient dat in zijn verzoekschrift ten aanzien van ieder van hen afzonderlijk te verzoeken. Voor elk verzoek is griffierecht verschuldigd, dus voor een faillissement van een v.o.f. en twee vennoten drie keer griffierecht, aldus Recofa, de informele werkgroep van rechters-commissarissen in faillissement.²⁹ Volgt nu uit het arrest van de Hoge Raad van 6 februari 2015 dat bij de aanvraag van het faillissement van een v.o.f. en haar twee vennoten in één verzoekschrift driemaal griffierecht dient te worden geheven? Zo luidt een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad die door de Raad als volgt wordt beantwoord: '(...) voor de indiening van een verzoekschrift strekkend tot de faillietverklaring van zowel een vennootschap onder firma als haar vennoten, [dient] slechts eenmaal griffierecht (...) te worden geheven.'³⁰ Onduidelijk is waarom Recofa haar bericht onaangepast laat.

13. Terug naar art. 2 lid 3 Fw. Onder 'kantoor der vennootschap' wordt verstaan de lokaliteit waar betrokkene geregeld voor zijn zaken te vinden en te spreken is; naar gelang van de omstandigheden kan dit dus ook een winkel of pakhuis zijn, want winkeliers houden in de regel hun kantoor, in de hier bedoelde zin, in de 'winkel'.³¹ Ook art. 1:14 BW kent het begrip 'kantoor' in de zin van de plaats waar iemand het centrum van zijn beroeps- of be-

27. HR 6 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:251, JIN 2015/80, m.nt. J. van der Kraan; JOR 2015/181, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber; AA 2015, AA20150801, m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers; JBPR 2015/45, m.nt. L. Kriekaert (*VDV Totaalbouw*).

28. De commentaren zijn over het algemeen instemmend, het mijne ook, zie *Wessels Insolventierecht I* 2016/1136e. Het is sinds de invoering van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen in 1998 mogelijk dat een of meer vennoten, maar niet alle, de schuldsaneringsregeling verkiezen. Het is dan de vraag welke regels (die van faillissement, dan wel die van de schuldsaneringsregeling) op de afwikkeling van toepassing zijn. Deze problematiek vraagt al jaren om een heldere oplossing, zie onder meer J.B. Huizink, 'Personenvennootschappen en insolventie', *TvI* 2004/19, p. 76 e.v., en M.H.F. van Vugt & R.J. Verschoof, 'Twee geloven op één kussen – samenloopproblematiek faillissement en schuldsaneringsregeling bij de vof', *FIP* 2014/134, waaruit blijkt dat verschillende rechtbanken verschillende oplossingen kiezen. Uit oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid (voor vennoten en schuldeisers) is het in februari 2015 door de Hoge Raad gekozen uitgangspunt toe te juichen.

29. Aldus het bericht van 8 maart 2016 van Recofa, via www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Verschuldigde-griffierechten-bij-faillissement-VOF-en-vennoten.aspx (ingezien 13 februari 2017).

30. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1515, NJ 2016/312; JOR 2016/316.

31. Aldus de *MvT*, Van der Feltz I (1896), p. 249.

drijfswerkzaamheden heeft.³² Deze werkzaamheden kunnen een lange schaduw hebben. Zie een arrest van Hof Amsterdam dat de beslissing van de rechtbank bevestigt. Deze achtte zich bevoegd aangezien de vennootschap onder firma (schuldenaar) ten tijde van het ontstaan van de vordering ingeschreven was bij de KvK en toen nog steeds (door reeds eerder aangegane verplichtingen jegens derden na te komen) haar bedrijf uitoefende, hoewel de vennoten tien maanden daarvoor reeds naar het buitenland waren vertrokken en sinds hun vertrek geen nieuwe verplichtingen namens de v.o.f. waren aangegaan.³³

DE SCHULDENAAR ZONDER WOONPLAATS, MAAR HIER TE LANDE WEL PROFESSIONEEL ACTIEF

14. Heeft de schuldenaar binnen het Rijk in Europa geen woonplaats, maar oefent hij aldaar een beroep of bedrijf uit, dan is de rechtbank, binnen welk gebied hij een kantoor heeft, bevoegd, zie art. 2 lid 4 Fw.³⁴ Art. 2 lid 4 Fw vloeit voort uit de behoefte de vele 'buitenlandse huizen' die in het Rijk filialen bezitten, binnen het bereik van de Nederlandse Faillissementswet te brengen: 'Zij behoren niet in een gunstiger toestand te verkeren dan de Nederlandsche kooplieden zelf, (...), door een beroep op het feit, dat zij hun domicilie buitenlands hebben, [en zich dus] hier aan eene faillietverklaring kunnen onttrekken'.³⁵

Hoe te oordelen over de situatie dat iemand, zonder hier te lande over een woonstede te beschikken, aldaar kantoor houdt en dit opheft, terwijl hier te lande op dat tijdstip bestaande schulden onbetaald worden gelaten? De Hoge Raad past een redelijke wetstoepassing toe. Deze brengt ten aanzien van het bepaalde in art. 2 lid 2 en art. 2 lid 4 Fw mee dat de rechtbank binnen welk gebied dat kantoor gevestigd was, deze schuldenaar failliet kan verklaren.³⁶

15. Art. 2 lid 4 Fw speelt een belangrijke rol in een arrest van Hof Den Haag van januari 2016.³⁷ De zaak (enigszins gestileerd) betreft een faillissementsverzoek ten aanzien van schuldenaar E-Shops N.V., met statutaire zetel in Curaçao. Deze maakt via drie door haar geëxploiteerde webshops feitelijk haar omzet alleen op de Nederlandse markt, terwijl alle schuldeisers in Nederland gevestigd c.q. woonachtig zijn. Levering van goederen vindt, door toeleveranciers van E-Shops rechtstreeks aan bestellers daarvan, in Nederland plaats. Het bedrijf heeft een klantenservice met een Nederlands telefoonnummer (met netnummer van Rotterdam). Hosting van de websites vindt vanuit Nederland plaats, de domeinnamen van de

websites zijn Nederlands en de websites vermelden een Nederlands bankrekeningnummer.

De rechtbank oordeelt dat E-Shops wel webshops exploiteert in Nederland, maar dat dit niet meebrengt dat sprake is van een 'kantoor' in de zin van art. 2 lid 4 Fw, omdat niet is gebleken dat E-Shops handelt vanuit een fysieke werkruimte in Nederland.

In hoger beroep maakt het hof terecht een onderscheid tussen absolute en relatieve competentie van de rechter. Nu vaststaat dat E-Shops statutair is gevestigd te Curaçao en dat haar woonplaats derhalve buiten het Rijk in Europa is gelegen, kan de Nederlandse rechter niettemin bevoegd zijn tot het uitspreken van het faillissement indien E-Shops haar beroep of bedrijf uitoefent in Nederland. In casu, aldus het hof, is sprake van de exploitatie van een bedrijf in Nederland, waarmee is voldaan aan het criterium van uitoefening van een beroep of bedrijf in de zin van art. 2 lid 4 Fw. Het hof overweegt dat relatief bevoegd om van het verzoek tot faillietverklaring kennis te nemen is de rechtbank in wier gebied E-Shops haar 'kantoor' heeft. Is er een kantoor? Het hof haalt de wetsgeschiedenis van art. 2 lid 4 Fw aan: 'Volgens de wetsgeschiedenis dient in dat kader onder kantoor te worden verstaan de lokaliteit waar men geregeld voor zaken te vinden en te spreken is, waaronder een winkel of pakhuis (zie Van der Feltz I, p. 249)'.

Het hof oordeelt dat in deze omstandigheden sprake is van op ruime schaal in Nederland handeldrijven zonder dat daarbij van een fysieke vestiging van de ondernemer in Nederland sprake is: 'In een dergelijk geval zal voor de vaststelling van de relatieve bevoegdheid als de plaats van het "kantoor" kunnen gelden, de locatie waarop de onderneming door (potentiële) klanten, bijvoorbeeld blijkens een vermelding op haar website, bereikbaar is. De omstandigheid dat E-Shops voor haar klanten (...) bereikbaar is op telefoonnummers in of nabij Rotterdam en Dordrecht, is voldoende reden om de rechtbank Rotterdam relatief bevoegd te achten van het verzoek tot faillietverklaring kennis te nemen.' Het hof acht zich bevoegd het faillissementsverzoek in behandeling te nemen. Ik kan mij goed in deze benadering vinden.³⁸

16. In haar annotatie geeft Beunk aan dat niet te snel moet worden aangenomen dat er sprake is van een schuldenaar die binnen het Rijk in Europa geen woonplaats heeft, maar wel '(...) aldaar een beroep of bedrijf uitoefent'. Zij acht de loutere toegankelijkheid van een internetsite in Nederland niet voldoende en zoekt aansluiting bij het begrip 'vestiging' zoals dat door het Hof van Justitie van de EU is ontwikkeld.³⁹ Art. 2 lid 4 Fw zal haars inziens dan aldus moeten worden uitgelegd dat '(...) sprake dient

32. Uitvoerder Asser/De Boer *I** 2010/57; Koens 2012 (*T&C Pers. en fam.*), ad art. 1:14 BW.

33. Hof Amsterdam 2 september 1997, *NIPR* 1998/219; *NJ* 1998/503.

34. Ten aanzien van de publiekrechtelijke rechtspersoon Republiek Suriname, verklaarde Rb. 's-Gravenhage, te kennen uit HR 28 september 1990, *NJ* 1991/247, zich op grond van art. 2 lid 4 Fw bevoegd, omdat het begrip 'ambassade' (in Den Haag) vereenzelvigd moet worden met 'kantoor'. In cassatie komt deze vraag niet aan de orde. Instemmend de annotatie van J.C. Schultsz onder *NJ* 1991/247.

35. Vergelijk Van der Feltz I (1896), p. 250.

36. Zie HR 1 juli 1976, *NJ* 1977/263.

37. Hof Den Haag 7 januari 2016, *JOR* 2016/109, m.nt. D. Beunk.

38. Gezien de voorliggende feiten is het kwalijk dat het hof de Insolventieverordening niet toepast. In gelijke zin Beunk, annotatie onder *JOR* 2016/109.

39. HvJ EU 20 oktober 2011, C-396/09, ECLI:EU:C:2011:671, *JOR* 2012/30, m.nt. P.M. Veder; *NJ* 2012/256, m.nt. M.V. Polak; B. Wessels, *WPNR* 2012, afl. 6947 (*Intereidil Srl v. Fallimento Intredit Srl en Intesa Gestione Crediti Spa*).

te zijn van een structuur met een minimum aan organisatie en een zekere stabiliteit voor de uitoefening van een economische activiteit. De loutere aanwezigheid van individuele vermogensbestanddelen of bankrekeningen beantwoordt in beginsel niet aan die definitie'.⁴⁰ Impliciet verwerpt zij de opvatting van De Weijs die meent dat voor de toepassing van art. 2 lid 4 Fw bij de aanwezigheid van activa van een rechtspersoon in Nederland het voor de hand ligt snel het bestaan van een kantoor aan te nemen. Dat lijkt op de Amerikaanse benadering waarin de rechter rechtsmacht heeft 'whenever there is a dollar, a dime or a peppercorn' op het grondgebied van de Verenigde Staten.⁴¹ De benadering van Beunk vind ik te strikt, die van De Weijs te ruim. Ik zou willen aanhaken bij een deel van de definitie die in de nieuwe Insolventieverordening⁴² is opgenomen. Onder 'kantoor' in art. 2 lid 4 Fw is te verstaan elke plaats van handeling waar een schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is.

CONCLUSIE

Faillietverklaring geschiedt door de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar, aldus de tekst van art. 2 lid 1 Fw. Art. 2 Fw kent voor drie gevallen bijzonderheden ten aanzien van de rechtsmacht van de rechter. Ik trek de volgende conclusies:

- de algemene benadering in zaken van burgerlijk procesrecht voor woonplaatskwesties, waarmee wordt aangesloten bij het woonplaatsbegrip in het personen- en familierecht dient ook voor het insolventieprocesrecht te gelden;
- ten aanzien van de schuldenaar die zich buiten het Rijk in Europa heeft begeven is de rechtbank van zijn laatste woonplaats bevoegd (art. 2 lid 2 Fw). Voor de rechtsmacht van de Nederlandse rechter is het voldoende dat een schuld van deze schuldenaar voortspuit uit een ten tijde van het vertrek van de schuldenaar reeds bestaande rechtsverhouding of -betrekking, waaruit na dat vertrek de schuld is ontstaan;
- de wetgever dient een consistent systeem te ontwikkelen van het materiële en processuele insolventierecht ten aanzien van (momenteel nog) drie procedures (faillissement, surseance van betaling en schuldsanering natuurlijke personen) ten aanzien van personenassociaties (vennootschap onder firma, maar ook de maatschap en de commanditaire vennootschap);
- onder 'kantoor' in art. 2 lid 4 Fw is te verstaan elke plaats van handeling waar een schuldenaar met behulp van mensen en goederen een economische activiteit uitoefent die niet van tijdelijke aard is.

40. Zij geeft toe dat gelet op de organisatie van de ondernemersactiviteiten van E-Shop in Nederland de uitslag bij het Hof niet anders zou zijn geweest.

41. Zie Bob Wessels, *International Insolvency Law Part I: Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2015/10046.

42. Zie art. 2 sub 10 Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, *PbEU* 2015, L 141, die op 26 juni 2017 in werking treedt.