

Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring

Deel I – Eerste aanleg

TvI 2016/33

Naar aanleiding van diverse recente ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak worden in een overzichtsartikel verspreid over twee afleveringen vanuit een processuele invalshoek de eigenaardigheden van de procedure tot faillietverklaring in kaart gebracht, van de bepaling van de bevoegde rechter in eerste aanleg tot het oordeel van de Hoge Raad in cassatie en de procedure na cassatie en verwijzing. Dit deel handelt over de procedure in eerste aanleg. In het tweede deel komen de rechtsmiddelen verzet, hoger beroep en cassatie aan de orde.

I. Inleiding

De faillietverklaring heeft ingrijpende gevolgen.² De schuldenaar verliest het beheer en de beschikking over zijn vermogen, werknemers verliezen hun baan en schuldeisers zien hun individuele verhaalsacties gestuit. Mede tegen deze achtergrond zou men verwachten dat de faillissementsprocedure de aandacht heeft van de wetgever, dat er sprake is van heldere regels, die van tijd tot tijd worden herzien en aangepast. Niets is evenwel minder waar. De procedure tot faillietverklaring is door de wetgever van 1893 betrekkelijk summier vormgegeven en nadien niet of nauwelijks meer gewijzigd. Alle grote wetgevingsoperaties in het burgerlijk procesrecht zijn aan de procedure voorbijgegaan.³ Uit art. 362 lid 2 Fw volgt bovendien dat de regels met betrekking tot de verzoekschriftprocedure in titel 3 van Boek I Rv (art. 261-291 Rv) niet op de faillissementsprocedure van toepassing zijn, met als gevolg dat van geval tot geval moet worden bezien of daarbij niettemin kan worden aangesloten. Een en ander maakt dat de procedure tot faillietverklaring op tal van punten afwijkt van het commune procesrecht en dat alleen door kennisneming van de overvloedige rechtspraak inzicht in de eigenaardigheden van de faillissementsprocedure kan worden verkregen. Ook recent zijn op dit terrein in de rechtspraak weer diverse knopen doorgemaakt, zoals over de toepasselijkheid van bepaalde regels uit titel 3 van Boek I Rv, over de mogelijkheid tot faillietverklaring van personenvennootschappen en hun individuele deelgerechtigden, over de vraag wie als schuldeiser in de zin van art. 1 lid 1 Fw kan worden aangemerkt, over het toetsings-

moment met betrekking tot de voorwaarden voor faillietverklaring in de verzetprocedure en over de vraag of de curator als belanghebbende in verzet kan komen tegen de faillietverklaring indien er geen baten te verwachten zijn. Wetgevingsactiviteit is er ook. Aanpassingen in de Europese Insolventieverordening hebben gevolgen voor de internationale bevoegdheid van de Nederlandse rechter ten aanzien van de procedure tot faillietverklaring en ook het dit jaar ter consultatie aangeboden concept van de Wet modernisering faillissementsprocedure bevat enige, zij het bescheiden, wijzigingsvoorstellen op dit terrein.⁴ Al met al genoeg aanleiding om de procedure tot faillietverklaring van begin tot eind aan een nadere beschouwing te onderwerpen.⁵ In dit eerste deel komt de procedure in eerste aanleg aan de orde, van de vaststelling van de (internationale) bevoegdheid van de (Nederlandse) rechter tot en met de uitspraak. In het in de volgende aflevering van TvI te verschijnen tweede deel nemen wij de rechtsmiddelen onder de loep.

II. De bevoegde rechter

De absolute en relatieve competentie van de Nederlandse rechter ten aanzien van de procedure tot faillietverklaring is geregeld in art. 2 Fw. Deze bepaling is echter pas relevant indien op basis van de Europese Insolventieverordening (IVO)⁶ is vastgesteld dat de Nederlandse rechter rechtsmacht heeft, dan wel indien de IVO toepassing mist.

De Europese Insolventieverordening

Op 20 mei 2015 is een herziene versie van de Europese Insolventieverordening (IVO (nieuw)) vastgesteld.⁷ De verordening wordt – met uitzondering van drie bepalingen die niet de internationale bevoegdheid betreffen⁸ – van toepassing op 26 juni 2017. De Nederlandse procedure tot faillietverklaring valt binnen het *materiële* toepassingsbereik van de verordening, tenzij het een faillissementsverzoek betreft dat is gericht tegen een verzekeringsonderneming, kredietinstelling, beleggingsonderneming die diensten verricht welke het houden van geld of effecten van derden behelzen, of instelling voor collectieve belegging.⁹ Het *formele* toepassingsgebied wordt begrensd door het 'centrum van

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel, 'Processuele aspecten van de procedure tot faillietverklaring. Deel I – Eerste aanleg', TvI 2016/33. Thijs van Zanten en Ida Lintel zijn beiden (cassatie) advocaat bij Wijn & Stael Advocaten. Thijs van Zanten is tevens redacteur van dit tijdschrift.

2 Zie ook HR 5 juni 2015, NJ 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 3.3.4.

3 Zie M. Ynzonides, 'Faillissements- versus burgerlijk procesrecht', TvI 2004/special, p. 301-302.

4 De consultatieversie van het wetsvoorstel en de ontwerp toelichting zijn beschikbaar op: www.internetconsultatie.nl/moderniseringfw.

5 Zie over de procedure tot faillietverklaring, met uitvoerige verwijzingen naar rechtspraak en literatuur, ook: *Wessels Insolventierecht I*, 3^e druk, 2012.

6 Zie Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures.

7 Zie Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures.

8 Zie art. 92 IVO (nieuw).

9 Zie considerans sub 9 en art. 1 lid 2 IVO.

voornaamste belangen' (COMI) van de schuldenaar.¹⁰ Is de COMI – ten tijde van de indiening van het verzoek tot faillietverklaring¹¹ – gelegen in een lidstaat (met uitzondering van Denemarken), dan is de IVO van toepassing. De rechtsmacht van de rechter wordt in dat geval *exclusief* door de IVO bepaald. De in de IVO neergelegde bevoegdheidsregels bepalen alleen in welke lidstaat een insolventieprocedure mag worden geopend. De territoriale bevoegdheid binnen de lidstaat in kwestie wordt volgens het nationale recht van die lidstaat bepaald.¹² Is de IVO niet van toepassing, dan dient de rechter steeds op de commune rechtsmachtregels van zijn lidstaat terug te vallen.¹³ Voor Nederland is dat art. 2 Fw in verbinding met art. 10 Rv.¹⁴ De COMI is niet alleen van belang voor de vraag naar de toepasselijkheid van de IVO, maar is in het bevestigende geval ook beslissend voor het antwoord op de vraag van welke lidstaat de rechters bevoegd zijn een hoofdinsolventieprocedure te openen. De rechter bij wie een daarop gericht verzoek wordt gedaan, dient ambtshalve te onderzoeken of hij op grond van art. 3 IVO internationale bevoegdheid heeft.¹⁵

COMI

De COMI is gedefinieerd als de plaats waar de schuldenaar gewoonlijk het beheer over zijn belangen¹⁶ voert en die als zodanig voor derden herkenbaar is. Deze definitie is expliciet opgenomen in art. 3 lid 2 IVO (nieuw) om rechtsbeoefenaars een richtsnoer te geven voor de vaststelling van de COMI.¹⁷ Of IVO (nieuw) daarmee voorziet in een behoefte van de rechtsbeoefenaar valt evenwel te betwijfelen; de definitie van de COMI was al terug te vinden in de considerans bij de IVO (sub 13). Ten aanzien van vennootschappen geldt het bewijsvermoeden dat, zolang het tegendeel niet is bewezen, de COMI vermoed wordt de plaats van de statutaire zetel te zijn.¹⁸ Dit vermoeden geldt echter niet – en dat is een

noviteit onder IVO (nieuw)¹⁹ – indien in de drie maanden voorafgaand aan het aanvragen van de insolventieprocedure een statutaire zetelwijziging heeft plaatsgehad.²⁰ Deze beperking aan de toepassing van het bewijsvermoeden is één van de waarborgen die in IVO (nieuw) zijn ingebouwd ter voorkoming van op frauduleuze en oneigenlijke gronden gebaseerde forumshopping (in dit verband ook wel bekend als 'COMI-shifting').²¹ Het vermoeden is weerlegbaar indien de lidstaat waar het hoofdkantoor van de vennootschap is gelegen een andere lidstaat is dan de lidstaat van haar statutaire zetel en uit een integrale beoordeling van alle relevante factoren op een voor derden verifieerbare wijze blijkt dat het werkelijke centrum van bestuur en toezicht van de vennootschap en van het beheer over haar belangen zich in die andere lidstaat bevindt, zoals opgenomen in de considerans onder 30 IVO (nieuw). Dit is grotendeels een codificatie van het in 2011 door het Hof van Justitie EU gewezen *Interedil*-arrest.²² Opvallend is echter dat het Hof in *Interedil* nog overwoog dat het bewijsvermoeden *niet* kan worden weerlegd indien de bestuurs- en toezichtorganen van een vennootschap zich op de plaats van haar statutaire zetel bevinden en de bestuursbesluiten op voor derden verifieerbare wijze op die plaats worden genomen. Dit is in IVO (nieuw) niet overgenomen, omdat volgens het Europees Parlement niet alleen bestuursbesluiten maar ook andere factoren (zoals de plaats waar de goederen van de schuldenaar zich bevinden) relevant zijn bij de vaststelling van de COMI.²³

Ten aanzien van natuurlijke personen geldt onder IVO (nieuw) – en ook dat is anders dan onder IVO – tevens een bewijsvermoeden voor de COMI. Voor natuurlijke personen die als zelfstandige een bedrijfs- of beroepsactiviteit uitoefenen, wordt de plaats van hun hoofdvestiging vermoed hun COMI te zijn. Voor elke andere natuurlijke persoon is diens gebruikelijke verblijfplaats de vermoedelijke COMI.²⁴ Het arrest van de Hoge Raad inzake *Vennick/Fortis* uit 2004, waarin een rechtsklacht die inhield dat het hof had miskend dat ten aanzien van natuurlijke personen die niet als zelfstandige een bedrijfs- of beroepsactiviteit uitoefenen de gewone verblijfplaats heeft te gelden als COMI, althans vermoed wordt de COMI te zijn, faalde, omdat de IVO nu eenmaal niet een dergelijk (bewijs)vermoeden kent,²⁵ is op dat punt dus straks achterhaald. De vermoedens gelden echter niet indien de hoofdvestiging (van een natuurlijk persoon

10 Zie considerans sub 14 IVO en sub 25 IVO (nieuw).

11 Zie HvJ EU 17 januari 2006, JOR 2006/59, m.nt. B. Wessels (*Staubitz/Schreiber*).

12 Zie considerans sub 15 IVO (oud); considerans sub 26 IVO (nieuw) en HR 9 januari 2004, NJ 2006/308; JOR 2004, 87, m.nt. B. Wessels (*Vennick/Fortis*), r.o. 3.5.

13 Zie Rapport Virgós/Schmit, nr. 11; P.M. Veder, *Cross-border insolvency proceedings and security rights* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 130-134. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:5219, r.o. 3.5.

14 In *GS Faillissementswet*, art. 2 Fw, aant. 1 (Orval) wordt opgemerkt dat die bepaling pas relevant wordt als de Nederlandse rechter op basis van de IVO rechtsmacht heeft. Die opmerking lijkt ons op een omissie te berusten. Art. 2 Fw is immers juist (in elk geval) steeds van toepassing indien de IVO toepassing mist. Zie ook D. Beunk, noot onder Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2015, JOR 2016/108.

15 Vgl. art. 4 lid 1 IVO (nieuw).

16 Het begrip 'belangen' heeft een ruime strekking; het bestrijkt niet alleen activiteiten op het gebied van koophandel en nijverheid of als vrij beroep uitgeoefende werkzaamheden, maar ook economische activiteiten in algemene zin, zodat ook activiteiten van particulieren eronder zijn begrepen; zie Rapport Virgós/Schmit, nr. 75.

17 Zie Voorstel Europese Commissie 12 december 2012, COM(2012) 744, p. 7.

18 Zie art. 3 lid 1 IVO en art. 3 lid 1, § 2 IVO (nieuw).

19 In HvJ EU 20 oktober 2011, C-396/09, (*Interedil*), § 59 en 65 werd, naar aanleiding van een gestelde prejudiciële vraag, nog expliciet overwogen: 'wanneer de statutaire zetel van een schuldplichtige vennootschap vóór indiening van een verzoek tot opening van een insolventieprocedure is verplaatst, wordt het centrum van de voornaamste belangen van de vennootschap vermoed de plaats van haar nieuwe statutaire zetel te zijn.' Deze overweging van het Hof is door IVO (nieuw) achterhaald.

20 Zie art. 3 lid 1, § 2 IVO (nieuw).

21 Zie considerans sub 29 en 31 IVO (nieuw).

22 Zie HvJ EU 20 oktober 2011, C-396/09, (*Interedil*), § 59 en 65 en Voorstel Europese Commissie 12 december 2012, COM(2012) 744, p. 7.

23 Zie Legislative resolution of 5 February 2014 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Council Regulation (EC) No 1346/2000 on insolvency proceedings (COM(2012)0744 – C7-0413/2012 – 2012/0360(COD)), amendment 6.

24 Art. 3 lid 1 § 3 en 4 IVO (nieuw).

25 Zie HR 9 januari 2004, NJ 2006/308; JOR 2004/87, m.nt. B. Wessels (*Vennick/Fortis*), r.o. 3.4.1.

die als zelfstandige een bedrijfs- of beroepsactiviteit uitoefent) of gebruikelijke verblijfplaats (van een natuurlijk persoon die niet een dergelijke activiteit uitoefent) in de drie respectievelijk zes maanden voorafgaand aan het aanvragen van de insolventieprocedure naar een andere lidstaat is overgebracht.²⁶

De rechter van een lidstaat op het grondgebied waarvan de COMI van de schuldenaar is gelegen, is bevoegd een hoofdinsolventieprocedure te openen. Die procedure heeft een universele strekking en omvat alle goederen van de schuldenaar.²⁷ Naast deze hoofdprocedure kunnen rechters in andere lidstaten onder omstandigheden een zogeheten secundaire procedure ten aanzien van de schuldenaar openen, welke procedure zich beperkt tot het vermogen van de schuldenaar dat zich op het grondgebied van die lidstaat bevindt.²⁸

De Faillissementswet

De Nederlandse bevoegdheidsregels ten aanzien van de procedure tot faillietverklaring zijn als vermeld vervat in art. 2 Fw. Deze bepaling is van dwingend recht en dient door de rechter ambtshalve te worden toegepast.²⁹ In eerste aanleg is de rechtbank *absoluut* bevoegd tot faillietverklaring. Volgens art. 2 lid 1 Fw is de rechtbank van de woonplaats van de schuldenaar *relatief* bevoegd tot zijn faillietverklaring.³⁰ Van belang is de woonplaats van de schuldenaar *ten tijde van de indiening* van het verzoekschrift.³¹ Van de woonplaats van de schuldenaar dient summierlijk te blijken.³² Het begrip 'woonplaats' wordt ingevuld door art. 1:10 BW. Voor natuurlijke personen geldt de woonstede als woonplaats of, bij gebreke daarvan, de werkelijke verblijfplaats.³³ Een rechtspersoon heeft zijn woonplaats waar hij zijn statutaire zetel heeft (art. 1:10 lid 2 BW). Art. 1:14 BW, waarin is bepaald dat een persoon mede woonplaats heeft ter plaatse waar hij kantoor of filiaal houdt, vindt geen toepassing in het kader van de bepaling van de relatieve bevoegdheid van de rechtbank op grond van art. 2 Fw. De faillietverklaring is immers geen aangelegenheid die het kantoor of filiaal betreft in de zin van art. 1:14 BW.³⁴ Op dit uitgangspunt geldt een uitzondering voor het geval dat een schuldenaar in Ne-

derland geen woonplaats heeft, maar voor zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening slechts in Nederland een kantoor houdt. In een dergelijk geval is, blijkens art. 2 lid 4 Fw, de faillietverklaring juist wél een aangelegenheid die het kantoor betreft.³⁵

Op grond van art. 2 lid 1 Fw is dus het uitgangspunt dat de Nederlandse rechter slechts bevoegd is personen failliet te verklaren die in Nederland wonen of gevestigd zijn. Art. 2 lid 2 Fw breidt deze bevoegdheid uit. Indien een schuldenaar zich buiten Nederland heeft begeven, dan is ingevolge art. 2 lid 2 Fw de rechtbank van zijn laatste woonplaats bevoegd. Deze bepaling wordt geacht van overeenkomstige toepassing te zijn indien de woonplaats van de schuldenaar onbekend is.³⁶ Art. 2 lid 2 Fw geldt evenwel niet als de COMI van de schuldenaar is verplaatst naar het buitenland en is gelegen in één van de lidstaten die partij zijn bij de IVO. In dat geval mist de Nederlandse rechter immers rechtsmacht. Voor de toepassing van art. 2 lid 2 Fw is vereist dat de schuldenaar reeds op het moment dat hij is vertrokken uit Nederland (of zijn woonplaats onbekend is geworden) één of meer schulden had jegens de schuldeiser die het faillissement heeft aangevraagd.³⁷ Dit vereiste wordt door verschillende auteurs te streng geacht. Zij pleiten ervoor art. 2 lid 2 Fw ook toe te passen indien de schuld aan de aanvrager weliswaar nog niet bestond op het moment dat hij uit Nederland vertrok, maar wel voortvloeit uit een ten tijde daarvan reeds bestaande rechtsverhouding.³⁸ Dat pleidooi verdient naar onze mening navolging. Gelet op de ratio van art. 2 lid 2 Fw – die is gelegen in het voorkomen dat een in Nederland woonachtige schuldenaar zich aan een faillietverklaring onttrekt door zijn woonplaats naar het buitenland te verleggen – menen wij dat onder omstandigheden bovendien ook voldoende zou moeten zijn dat op het moment dat de schuldenaar is vertrokken uit Nederland voorzienbaar was dat een schuld aan de aanvrager zou ontstaan zónder dat daaraan reeds een rechtsverhouding ten grondslag lag.

Art. 2 lid 3 Fw bevat een aanvulling op de competentieregel van art. 2 lid 1 Fw ten aanzien van de vennoten van een VOF. Niet alleen de rechtbank van hun woonplaats is bevoegd, maar tevens de rechtbank binnen welk gebied het kantoor van de VOF is gevestigd. Aangenomen mag worden dat art. 2 lid 3 Fw van overeenkomstige toepassing is op de vennoten in een CV en de maten in een openbare of stille maatschap.³⁹

De bepaling beoogt te bewerkstelligen dat de VOF en haar vennoten zoveel mogelijk in hetzelfde arrondissement failliet worden verklaard. Art. 2 lid 3 Fw creëert evenwel geen

26 Zie 3 lid 1 § 3 en 4 IVO (nieuw).

27 Zie Rapport Virgós/Schmit, nr. 73.

28 Zie art. 3 lid 2 en 3 IVO en art. 3 lid 2 en 3 IVO (nieuw). Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om dieper op de karakteristieken van de secundaire insolventieprocedure in te gaan. Zie hierover o.a. M.L.H. Reumers, 'Wijziging van de Insolventieverordening: de voorstellen van de Commissie en het Europees Parlement', OR 2014/80. Over de uitleg van het begrip 'vestiging' – welk begrip bepalend is voor de vraag of de rechter bevoegd is een secundaire insolventieprocedure te openen – zie o.a. B. Wessels, 'Het begrip 'vestiging' in de EU Insolventieverordening in recente rechtspraak', WPNR 2012/6947.

29 Zie HR 28 januari 1983, NJ 1983/465, m.nt. B. Wachter (*Fastwin*).

30 Een uitzondering op deze bepaling is geformuleerd in art. 212h Fw en art. 213a Fw voor wat betreft de faillietverklaring van een bank respectievelijk een verzekeraar; deze kunnen slechts failliet worden verklaard door de Rechtbank Amsterdam.

31 Zie HR 2 april 1982, NJ 1982/319.

32 Zie HR 29 juli 1902, W 7807 en 7837.

33 Zie HR 19 januari 1880, W 4475. Zie ook TM, *Parl. Gesch. BW Boek 1 1962*, p. 43.

34 Zie HR 21 april 1972, NJ 1973/16, m.nt. A.R. Bloembergen (*Circula/Van Leeuwen Jr's Buizenhandel*).

35 Zie HR 1 juli 1976, NJ 1977/263, m.nt. B. Wachter.

36 Zie Hof Amsterdam 7 augustus 1990, NJ 1991/481.

37 Zie HR 3 december 1982, NJ 1983/495, m.nt. B. Wachter (*Boddaert/Van Veen*). Zie voorts Hof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2013, NJ 2014/200, r.o. 3.12; Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2015, JOR 2016/108, m.nt. D. Beunk, r.o. 3.9.3.

38 Zie B. Wachter, noot onder HR 3 december 1982, NJ 1983/495 (*Boddaert/Van Veen*); Wessels *Insolventierecht I*, 3^e druk, 2012, par. 1377; D. Beunk, noot onder Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2015, JOR 2016/108, nr. 6.

39 Zo ook *Asser/Maeijer 5-V* (1995), nr. 188 en 419; S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber, noot onder HR 6 februari 2015, JOR 2015/181, par. 7; A.J.S.M. Tervoort, noot onder HR 6 februari 2015, OR 2015/41. Hierna wordt voor het gemak slechts gesproken van de VOF, maar daarmee wordt evenzeer bedoeld op de CV en de maatschap.

rechtsmacht van de Nederlandse rechter ten aanzien van een vennoot die in een andere lidstaat zijn woonplaats heeft, terwijl het kantoor van de VOF in Nederland is gevestigd. In het oordeel van het Hof van Justitie EU inzake *Rastelli* ligt besloten 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) IVO internationale bevoegdheid toekomt om een insolventieprocedure te openen.⁴⁰ Ingevolge art. 3 IVO is de Nederlandse rechter in beginsel niet bevoegd tot faillietverklaring van een vennoot van een VOF indien deze vennoot zijn COMI in een andere lidstaat heeft.⁴¹

Tot slot bepaalt art. 2 lid 4 Fw dat de schuldenaar die in Nederland geen woonplaats heeft, maar hier wel een beroep of bedrijf uitoefent, failliet kan worden verklaard door de rechtbank binnen welk gebied hij een kantoor heeft. Dit geldt uiteraard niet indien de COMI van een schuldenaar in een andere lidstaat is gelegen; in dat geval mist de Nederlandse rechter rechtsmacht. Volgens de memorie van toelichting bij art. 2 Fw dient onder kantoor (zowel in de zin van lid 3 als lid 4) te worden verstaan: 'de localiteit waar men geregeld voor zijne zaken te vinden en te spreken is; naar omstandigheden kan dit dus ook een winkel of pakhuis zijn, winkeliers bijv. houden in den regel hun kantoor, in den hier aangewezen zin, in den winkel'.⁴² De wetgever van destijds kon echter uiteraard niet hebben voorzien hoe de wereld er meer dan 120 jaar later zou uitzien. In een zaak die recentelijk diende voor het Hof Den Haag kwam de vraag aan de orde waar een internetwinkel kantoor houdt. Het hof overwoog dat 'deze gang van zaken, waarbij op ruime schaal in Nederland handel wordt gedreven zonder dat daarbij van een fysieke vestiging van de ondernemer in Nederland sprake is, [...] stellig voor meer online-verkopers op zal gaan'. In een dergelijk geval zal volgens het hof voor de vaststelling van de relatieve bevoegdheid als de plaats van het 'kantoor' kunnen gelden 'de locatie waarop de onderneming voor (potentiële) klanten, bijvoorbeeld blijkens een vermelding op haar website, bereikbaar is'.⁴³ Deze toepassing van art. 2 lid 4 Fw sluit onzes inziens goed aan bij de realiteit van de digitale bedrijvigheid anno 2016.

Gezien het bepaalde in art. 2 lid 3 en lid 4 Fw bestaat de mogelijkheid dat een schuldenaar door verschillende Nederlandse rechtbanken failliet wordt verklaard. Art. 2 lid 5 Fw bepaalt voor het geval dat dit op *verschillende* dagen gebeurt, dat alleen de eerst gedane uitspraak rechtsgevolg heeft. Deze regel zal sinds de bekendmakingen van insolventies op rechtspraak.nl vanaf 2001, welke applicatie op 1 januari 2005 is vervangen door het Centraal Insolventieregister,⁴⁴ vermoedelijk nauwelijks meer toepassing vinden, nu mag worden aangenomen dat het insolventieregister door rechterlijke instanties steeds wordt geraadpleegd alvorens een faillissement wordt uitgesproken, zodat alleen in gevallen

waarin het register nog niet is geactualiseerd, denkbaar is dat de hier bedoelde situatie zich voordoet. In het geval dat verschillende rechtbanken op *dezelfde* dag één en dezelfde schuldenaar failliet verklaren, heeft alleen de uitspraak van de rechtbank die in de wet van 10 augustus 1951, *Stb.* 347 het eerst genoemd wordt,⁴⁵ rechtsgevolg.

III. Partijen

Schuldenaar

In art. 1 lid 1 Fw wordt heel in het algemeen gerept van een 'schuldenaar' die failliet kan worden verklaard.

Bij schuldenaren in de zin van deze bepaling kan in de eerste plaats worden gedacht aan natuurlijke personen, ook indien zij, als gevolg van minderjarigheid of een ondercuratelestelling,⁴⁶ handelingsonbekwaam zijn. In de tweede plaats kunnen alle *privaatrechtelijke* rechtspersonen failliet worden verklaard, ook indien zij naar buitenlands recht zijn opgericht.⁴⁷ Ook een *ontbonden* rechtspersoon kan in staat van faillissement worden verklaard, zolang er nog baten zijn.⁴⁸ De ontbonden rechtspersoon blijft ingevolge art. 2:19 lid 5 BW immers voortbestaan voor zover dit tot vereffening van zijn vermogen nodig is. Is de (rechts)persoon in kwestie tevens vennoot in een personenvennootschap (maatschap, VOF of CV), dan heeft zijn faillietverklaring tevens de ontbinding van de vennootschap tot gevolg,⁴⁹ de toepasselijkheid van eventuele voortzettingsbedingen daargelaten.

Hoe zit het met de faillietverklaring van personenvennootschappen zelf? Naar huidig recht kunnen personenvennootschappen geen rechtspersonen zijn. Reeds in 1927 oordeelde de Hoge Raad evenwel dat een VOF als zodanig failliet kan worden verklaard, wat dan volgens de Hoge Raad 'noodwendig' het faillissement van de vennoten tot gevolg had.⁵⁰ Waarop de aanvaarding van de mogelijkheid tot faillietverklaring van de VOF werd gegrond, bleef in het midden. Pas in 2015 heeft de Hoge Raad ter zake duidelijkheid verschaft. Uit het *Bepro*-arrest kan worden afgeleid dat de verklaring voor het bestaan van die mogelijkheid naar het oordeel van de Hoge Raad – en dat ligt onzes inziens ook voor de hand – (mede) dient te worden gezocht in de aan-

40 Zie HvJ EU 15 december 2011, *JOR* 2012/93, m.nt. Veder (*Rastelli*), r.o. 25-29.

41 Zie *GS Faillissementswet*, art. 2 Fw, aant. 4 (Orval); J. Israëls, 'De faillietverklaring van een VOF en haar vennoten in de Europese Insolventieverordening', *TvOB*, 2010/5, p. 119 e.v.

42 Zie MvT, *Van der Feltz* I, p. 249.

43 Zie Hof Den Haag 7 januari 2016, *JOR* 2016/109, m.nt. D. Beunk, r.o. 3.1.

44 Dit register heeft zijn wettelijke basis in art. 19a Fw. Het register wordt gehouden door de Raad voor de Rechtspraak.

45 Laatst gewijzigd bij wet van 13 maart 2016, *Stb.* 2016, 111. De volgorde van rechtbanken volgens art. 1 van de wet is als volgt: Rb. Amsterdam; Rb. Den Haag; Rb. Gelderland; Rb. Limburg; Rb. Midden-Nederland; Rb. Noord-Holland; Rb. Noord-Nederland; Rb. Oost-Brabant; Rb. Overijssel; Rb. Rotterdam; Rb. Zeeland-West-Brabant.

46 Zie HR 4 juni 1920, *NJ* 1920/608, m.nt. Mff (*Technische Handel Maatschappij/Saraber*) respectievelijk HR 2 april 1897, *W* 6950.

47 Of ook *publiekrechtelijke* rechtspersonen failliet verklaard kunnen worden, is nog altijd onduidelijk, omdat richtinggevende rechtspraak ontbreekt. Zie nader de fraaie bijdrage van R.D. Vriesendorp en J.A.F. Peters, 'Insolventie van overheden', *Tvl* 2002/188. Duidelijk is wel dat een buitenlandse staat in Nederland in elk geval niet failliet kan worden verklaard, omdat faillietverklaring inbreuk zou maken op de soevereiniteit van de betreffende staat; zie Hof Den Haag 18 februari 1988, *NJ* 1989/602 (*Zaire*) en HR 28 september 1990, *NJ* 1991/247, m.nt. J.C. Schultsz (*Suriname*).

48 Zie HR 27 januari 1995, *NJ* 1995/579, m.nt. Maeijer (*Adjuncten Proprieties/Söderqvist q.q.*).

49 Zie art. 7A:1683 sub 4 BW.

50 Zie HR 14 april 1927, *NJ* 1927/725.

wezigheid van een afgescheiden vermogen.⁵¹ Tevens volgt uit dit arrest dat het faillissement van een VOF niet langer noodzakelijkerwijze leidt tot het faillissement van de individuele vennoten. Dit betekent dat een schuldeiser, indien hij niet alleen het faillissement van de VOF maar ook dat van de vennoten wil bewerkstelligen, in zijn verzoekschrift ten aanzien van ieder van hen afzonderlijk het faillissement dient te verzoeken, en dat de rechter ook ten aanzien van ieder van hen afzonderlijk dient vast te stellen of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Aangenomen mag worden dat dit alles ook geldt voor de CV, nu de CV eveneens beschikt over een afgescheiden vermogen, ook indien het gaat om een CV met slechts één beherend vennoot,⁵² en er ook overigens geen aanleiding bestaat in dit kader tussen een VOF en een CV te onderscheiden.

Ten aanzien van de maatschap heeft de Hoge Raad in 2013 in algemene zin, dus zonder onderscheid te maken tussen de openbare en de stille maatschap, onder verwijzing naar art. 3:192 BW in verbinding met art. 3:189 lid 2 BW, overwogen dat het vermogen van de maatschap een afgescheiden vermogen vormt.⁵³ De gedachte lijkt te zijn dat nu het vermogen van een maatschap na haar ontbinding een afgescheiden karakter heeft (art. 3:189 lid 1 BW), het dit ook heeft in de periode daarvoor.⁵⁴ Volgt men deze gedachtegang, dan kan er zowel bij de openbare als de stille maatschap sprake zijn van een afgescheiden vermogen. Sommige auteurs pleiten evenwel tegen het aannemen van een afgescheiden vermogen bij de *stille* maatschap, omdat het bestaan van een dergelijke maatschap voor derden veelal niet kenbaar zou zijn, terwijl het aannemen van een afgescheiden vermogen tot gevolg heeft dat de maatschapsschuldeisers zich – ten koste van de privécrediteuren van de maten – met voorrang op het maatschapsvermogen kunnen verhalen.⁵⁵ Dit argument overtuigt niet als bedacht wordt dat ook de stille maatschap die een onderneming drijft, moet worden ingeschreven in het Handelsregister.⁵⁶ Bovendien: indien een maatschap echt 'stil' is, ligt in de rede dat er ook geen maatschapsschulden zijn ontstaan, zodat het door de bedoelde auteurs geopperde bezwaar dan niet speelt. Wij zijn dan ook van mening dat bij beide maatschapsvormen in beginsel een afgescheiden vermogen wordt gevormd en deze in dat geval ook zelfstandig failliet kunnen worden verklaard.⁵⁷

Aanvrager

Een schuldenaar kan op eigen aangifte en op verzoek van een of meer van zijn schuldeisers (art. 1 lid 1 Fw) in staat van faillissement worden verklaard. Ook is nog denkbaar dat het Openbaar Ministerie een faillissement uitlokt om redenen van openbaar belang (art. 1 lid 2 Fw).

De eigen aangifte kan worden gedaan door de schuldenaar zelf of door diegene die hij daartoe heeft gemachtigd. Een naamloze of besloten vennootschap kan – tenzij de statuten anders bepalen – slechts op instructie van de algemene vergadering van aandeelhouders haar eigen faillissement aanvragen (art. 2:136/246 BW). In de praktijk heeft deze wettelijke bepaling weinig om het lijf. Het bestuur heeft namelijk de mogelijkheid om zonder toestemming van de algemene vergadering van aandeelhouders surseance van betaling aan te vragen, welke steeds zonder inhoudelijke beoordeling van de gegrondheid van het verzoek voorlopig wordt verleend. Indien hangende de (voorlopige) surseance blijkt dat de vennootschap eigenlijk in een faillissementstoestand verkeert, wat doorgaans het geval is, zal de bewindvoerder – zonder dat hij zich daartoe tot de algemene vergadering van aandeelhouders hoeft te wenden – de rechtbank verzoeken de surseance in te trekken en het faillissement uit te spreken (art. 242 lid 1 sub 5 jo lid 4 Fw). In de praktijk wordt deze weg frequent bewandeld. Zij ligt overigens niet open bij de structuurvennootschap, waar het bestuur zowel voor een eigen aangifte van het faillissement als voor de aanvraag van een surseance toestemming nodig heeft van de raad van commissarissen.⁵⁸ Een ondernemingsraad heeft volgens de Hoge Raad geen adviesrecht ter zake van een voorgenomen besluit tot het aanvragen van surseance van betaling⁵⁹ en het ligt in de rede dat hetzelfde geldt voor het aanvragen van faillissement.⁶⁰

Het faillissement van de schuldenaar kan ook worden aangevraagd op verzoek van een of meer schuldeisers. Wie kwalificeert nu als schuldeiser in de zin van art. 1 Fw? Onzes inziens kan hier aansluiting worden gezocht bij het arrest-Berzona uit 2014, waarin de Hoge Raad de voor het doen van een faillissementsaanvraag vereiste steunvordering karakteriseert als 'een vordering die ter verificatie in het faillissement kan worden ingediend opdat de schuldeiser kan meedelen in de opbrengst van de vereffening die in dat kader plaatsvindt, eventueel na toepassing van art. 133 Fw'.⁶¹ Tegen deze achtergrond dienen naar onze mening als schuldeiser in de zin van art. 1 Fw te worden beschouwd al diegenen die de mogelijkheid hebben een vordering ter verificatie in te dienen om daarop vervolgens het uitkeringspercentage betaald te krijgen.⁶²

51 Zie HR 6 februari 2015, *JOR* 2015/181, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (*Bepro*), r.o. 3.4.2.

52 Zie HR 14 maart 2003, *NJ* 2003/327, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Hovuma Magazijnstellingen/Spreuwenberg Beheer*), r.o. 4.3.

53 Zie HR 15 maart 2013, *NJ* 2013/290, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Schepen Onderlinge Nederland U.A.*), r.o. 3.4.2.

54 Zie in gelijke zin A.L. Mohr, *Van personenvennootschappen*, Deventer: Kluwer 2013, par. 4.3.3.

55 Zie G.J. Boeve, 'Het niet afgescheiden vermogen van de stille maatschap', *WPNR* 2015 (7068), par. 4.2.3; W.J.M. van Veen, *GS Personenassociaties*, 5.11.1.1.

56 Zie art. 5 sub a Handelsregisterwet.

57 Zie in andere zin: J.B. Huizink, 'Nogmaals personenvennootschappen en faillissement', *Tvl* 2015/28, waarin Huizink, hoewel hij onderkent dat de maatschap een afgescheiden vermogen heeft, stelt dat een maatschap niettemin niet failliet moet kunnen worden verklaard omdat er volgens hem geen behoefte bestaat 'aan een eigenstandig faillissement van die rechtsfiguur.'

58 Zie art. 2:164 lid 1 sub i BW en art. 2:274 lid 1 sub i BW.

59 Zie HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477 (*YVC/IJsselwerf*).

60 Zie ook Assink | Slagter 2013 (Deel 2), § 107, p. 2122, onder (g), met verwijzingen. Anders: I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 236; P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *TAO* 2016/3, par. 3.

61 Zie HR 11 juli 2014, *NJ* 2014/407 (*ABN AMRO/Berzona*), m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 3.4.2.

62 Vgl. over deze vraag ook *GS Faillissementswet*, art. 1 Fw, aant. 10 (Van Koppen).

Een vraag die thans bij de Hoge Raad voorligt, is of een openbaar pandhouder de bevoegdheid heeft het faillissement van de debiteur van de verpande vordering aan te vragen. Het cassatieberoep is ingesteld tegen een arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin het oordeelde, onder verwijzing naar het *Neo River*-arrest,⁶³ dat de pandhouder deze bevoegdheid mist, omdat zijn bevoegdheden zijn beperkt tot hetgeen voortvloeit uit art. 3:246 BW.⁶⁴ Dat oordeel overtuigt niet. De pandhouder is na openbaarmaking van zijn pandrecht exclusief bevoegd de vordering, zo nodig in rechte, te gelde te maken. Algemeen aanvaard is dat de pandhouder in dat kader ook bevoegd is beslag te leggen. Het ligt dan voor de hand dat de pandhouder eveneens de mogelijkheid heeft om een algemeen faillissementsbeslag uit te lokken. Daarbij dient te worden bedacht dat de pandhouder ook voldoet aan de definitie van 'schuldeiser' in de zin van art. 1 Fw zoals hiervoor verwoord; hij kan de verpande vordering immers ter verificatie indienen en komt in aanmerking voor voldoening uit de boedel. De pandhouder – en niet de pandgever – is bovendien degene die materieel belang heeft bij een faillissementsaanvraag. Wij zijn derhalve van mening dat ook de openbaar pandhouder moet worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van art. 1 Fw.⁶⁵ Tot slot kan een faillietverklaring worden uitgesproken op verzoek van het Openbaar Ministerie. Hiertoe is – naast de eis dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen – aanvullend vereist dat het openbaar belang het ingrijpen door het OM wettigt.⁶⁶

IV. Inleiding van de procedure

Uit art. 4 lid 1 Fw volgt dat een eigen aangifte van een faillissement 'wordt gedaan [...] ter griffie' en dat een schuldeiser die het faillissement van zijn schuldenaar aanvraagt, daartoe een verzoekschrift ter griffie moet indienen. De Faillissementswet biedt geen nadere (vorm)voorschriften voor de eigen aangifte en bevat evenmin aanwijzingen over de inhoud van het verzoekschrift en de wijze waarop het moet worden ingediend, anders dan dat bij de aangifte ten aanzien van een VOF de namen en woonplaatsen van de vennoten moeten worden vermeld (art. 4 lid 3 Fw), dat de aangifte of het verzoek zodanige gegevens moet bevatten dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht op grond van de IVO toekomt (art. 4 lid 4 Fw) en dat het verzoekschrift moet worden ingediend door een advocaat (art. 5 lid 1 Fw). Tegen deze achtergrond is opmerkelijk dat art.

362 lid 2 Fw bepaalt dat de bepalingen in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) over de verzoekschriftprocedure in eerste aanleg niet van toepassing zijn op verzoeken ingevolge de Faillissementswet. Deze bepaling is in de wet opgenomen omdat het op grond van de aard van de faillissementsprocedure niet wenselijk werd geacht dat de derde titel van Boek I Rv daarop van toepassing zou zijn.⁶⁷ Waarom de aard van de faillissementsprocedure zich daartegen zou verzetten, wordt in de parlementaire geschiedenis niet toegelicht. De Hoge Raad heeft hier in eerste instantie nog een schepje bovenop gedaan, door te oordelen dat art. 362 lid 2 Fw ook aan analogische toepassing van de derde titel van Boek I Rv in de weg staat,⁶⁸ om dit in latere rechtspraak weer te nuanceren, bijvoorbeeld door in het kader van de vraag wie bij een verzoek ingevolge de Faillissementswet als belanghebbende kan worden aangemerkt, aansluiting te zoeken bij het begrip 'belanghebbende' in art. 282 Rv en de in dat verband ontwikkelde rechtspraak.⁶⁹ Het voorgaande betekent overigens niet dat de inleiding van de faillissementsprocedure geheel ongeregeld is. De werkwijze en werkprocessen van de verschillende rechtbanken in verzoekschriftprocedures in insolventiezaken zijn in belangrijke mate geharmoniseerd en uitgewerkt in het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken (Procesreglement).⁷⁰ Het Procesreglement kwalificeert als recht in de zin van art. 79 RO.⁷¹

Een eigen aangifte tot faillietverklaring kan zowel mondeling bij de Centrale Balie of de griffie van de rechtbank als schriftelijk geschieden (art. 1.2.2.1 Procesreglement). In beide gevallen gebeurt dat aan de hand van een daarvoor bedoeld formulier,⁷² opdat – ook als de aangifte mondeling geschiedt – er een schriftelijk stuk is waarin de aangifte wordt geconstateerd.⁷³ Een derde mogelijkheid is dat de eigen aangifte bij verzoekschrift geschiedt (art. 1.2.2.1 Procesreglement), dat dan dient te worden ondertekend door een advocaat (art. 5 lid 1 Fw). Aan de mondelinge of schriftelijke aangifte middels een formulier komt dus geen verzoekschrift te pas. In het Procesreglement is uiteengezet wat de inhoud van de eigen aangifte dient te zijn,⁷⁴ welke stukken moeten worden bijgevoegd,⁷⁵ wanneer medeondertekening van een (huwelijks)partner, vennoot of curator vereist is,⁷⁶ en hoeveel exemplaren van de stukken moeten

63 Zie HR 21 januari 2014, NJ 2015/82, m.nt. Snijders (*Immun'Age/Neo-River*).

64 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2016, JOR 2016/175, m.nt. T.E. Booms.

65 Zo ook I.C. Engels en A. Ourhris, 'Wie mag het faillissement van de schuldenaar van een verpande vordering aanvragen?', *Tvl* 2016/17; V.J.M. van Hoof, 'Immun'Age/Neo-River en selectief gebruik van de wetsgeschiedenis', *Tvl* 2016/20; T.E. Booms, noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 maart 2016, JOR 2016/175; S. Houdijk en M.S. Breeman, 'De reikwijdte van de (innings) bevoegdheid van de openbare pandhouder', *FIP* 2016/217.

66 Zie voor jurisprudentie waarin de uitleg van het begrip 'openbaar belang' aan de orde komt: HR 20 september 1957, NJ 1957/568; Hof Amsterdam 19 november 1896, W 6901; Hof Amsterdam 8 november 1922, NJ 1923/171; Hof Leeuwarden 14 januari 1931, W 12289; Hof 's-Gravenhage 8 augustus 1957, NJ 1958/171.

67 Zie MvT, vergaderjaar 2000-2001, 27824, p. 11.

68 Zie HR 12 oktober 2007, NJ 2007/622, r.o. 3.4.1.

69 Zie HR 6 juni 2014, JOR 2014/280, m.nt. J.J. van Hees (*SNS en Rabobank/X*), r.o. 3.5.2; HR 24 april 2015, JOR 2015/279, m.nt. T.T. van Zanten. Zie uitgebreid over de toepassing van titel 3 Boek I Rv in procedures op grond van de Faillissementswet: B.J. Engberts, 'Insolventieprocesrecht in de schijnwerpers', *Tvl* 2016/10, par. 5.

70 Het Procesreglement is te vinden op: www.rechtspraak.nl/SiteCollection-Documents/Procesreglement-insolventiezaken-rb-1-1-2013.pdf.

71 Het betreft immers een procesreglement dat door een daartoe bevoegd rechterlijk orgaan is vastgesteld en behoorlijk is bekendgemaakt, vgl. HR 17 april 2015, NJ 2015/210, r.o. 3.6.2.

72 Het formulier is te vinden op: formulieren.rechtspraak.nl/formulier/ProcesreglementFaillissementen_002.aspx/Inleiding_002.

73 Zie *Van der Feltz I*, p. 263.

74 Zie Procesreglement, art. 1.2.2.5, art. 4 lid 3 en 4 Fw en art. 6 lid 3 Fw.

75 Zie Procesreglement, art. 1.2.6.

76 Zie Procesreglement, art. 1.2.2.2 en art. 4 lid 2 Fw.

worden ingediend.⁷⁷ In geval van een eigen aangifte is geen griffierecht verschuldigd.⁷⁸

Een faillissementsaanvraag door een schuldeiser dient als vermeld steeds te worden gedaan bij verzoekschrift door een advocaat. Alle vereisten waaraan het verzoek moet voldoen zijn te vinden in art. 1.1.1 en 1.1.2 Procesreglement. De verzoeker is bij indiening van het verzoekschrift griffierecht verschuldigd. Het griffierecht blijft verschuldigd, ook als het verzoek na de indiening wordt ingetrokken.⁷⁹ Recentelijk heeft de Rechtbank Rotterdam aan de Hoge Raad de prejudiciële vraag gesteld of uit het *Bepro*-arrest⁸⁰ volgt dat bij de aanvraag van het faillissement van een VOF en haar twee vennoten door middel van één verzoekschrift driemaal griffierecht dient te worden geheven. De Hoge Raad beantwoordde die vraag ontkennend, vanuit de reeds uit het *Bepro*-arrest voortvloeiende gedachte dat in een voorkomend geval tussen de verschillende faillissementsverzoeken een 'direct verband' bestaat, waardoor op grond van de wetsgeschiedenis wordt aangenomen dat slechts sprake is van één verzoekschrift, waarover slechts eenmaal griffierecht dient te worden geheven.⁸¹

V. Behandeling

Oproeping

Zodra een eigen aangifte is gedaan of het verzoekschrift is ingediend, zullen de aangever of de verzoeker en de schuldenaar worden opgeroepen voor de mondelinge behandeling, tenzij de partijen met een afdoening zonder zitting instemmen.⁸² In het geval van een eigen aangifte zal de rechtbank de dag en het tijdstip van de behandeling telefonisch of schriftelijk aan de aangever mededelen.⁸³ Ingeval een faillissement wordt aangevraagd door een schuldeiser, geschiedt de oproeping van de *verzoeker* door de rechtbank bij gewone brief.⁸⁴ De oproeping van de *verweerder* geschiedt door de rechtbank zowel bij aangetekende brief als bij gewone brief, tenzij de rechtbank de verzoeker heeft opgedragen de oproeping te verzorgen, bijvoorbeeld bij openbaar exploit, omdat onbekend is waar de schuldenaar ver-

blijft.⁸⁵ In de zaak die leidde tot het in 2015 gewezen arrest *HSK/Bosma* was de schuldenaar/verweerder door de verzoeker opgeroepen vóórdat het verzoekschrift bij de rechtbank was ingediend.⁸⁶ De Hoge Raad heeft deze handelwijze in een *obiter dictum* afgekeurd, omdat de oproeping zonder dat het verzoekschrift is ingediend op gespannen voet staat met art. 1.1.4.3 Procesreglement en deze gang van zaken risico's met zich brengt voor de verweerder die immers niet met de rechtbank over de zaak kan corresponderen.⁸⁷

Ten aanzien van de oproeping van de schuldenaar bepaalt de Faillissementswet in art. 6 lid 1 dat de rechtbank 'kan' bevelen dat hij wordt opgeroepen om in persoon of bij gemachtigde te worden gehoord. Reeds in 1982 heeft de Hoge Raad echter uitgemaakt dat een redelijke toepassing van die bepaling, welke bedoeld is te bevorderen dat een aanvraag tot faillietverklaring niet wordt behandeld buiten aanwezigheid van de betrokken schuldenaar en rekening houdt met de ernstige gevolgen die een faillietverklaring voor de schuldenaar kan hebben, met zich brengt dat de schuldenaar steeds, behoudens bijzondere gevallen (bijv. indien de schuldenaar naar het buitenland is uitgeweken en/of de gerechtvaardigde belangen van de schuldeisers generlei uitstel gedogen), *moet* worden opgeroepen om op de aanvraag te worden gehoord.⁸⁸ De rechter dient – indien de schuldenaar niet ter zitting verschijnt – ambtshalve te onderzoeken of de oproeping tijdig en overeenkomstig de voorschriften is geschied.

Verdere behandeling

Indien de faillissementsaanvraag is ingediend door een schuldeiser, heeft de schuldenaar de mogelijkheid om voorafgaand aan de mondelinge behandeling schriftelijk verweer te voeren door middel van het indienen van een verzoekschrift.⁸⁹

Volgens art. 4 lid 1 Fw wordt een aangifte of een verzoek 'met de meeste spoed in de raadkamer behandeld' (curs. TTVZ en IMAL), waarmee wordt aangeduid dat de behandeling plaatsvindt achter gesloten deuren.⁹⁰ Bij de mondelinge behandeling van een eigen aangifte verschijnt de aangever in persoon – bij de aangifte van een faillissement van een rechtspersoon is dit de bevoegd vertegenwoordiger – ter zitting. Indien het faillissement is aangevraagd van een na-

77 Zie Procesreglement, art. 1.2.2.

78 Zie art. 4 lid 2, aanhef en sub i Wgbz.

79 Zie Procesreglement, art. 1.1.2.3. Dit is anders in civiele dagvaardingszaken, waarvoor nu nog geldt dat het reeds betaalde griffierecht volledig wordt teruggestort indien de aangebrachte zaak is ingetrokken vóór de eerste roldatum. Onder het nieuwe art. 11 lid 2 Wet griffierechten burgerlijke zaken geldt dat de eiser een derde deel van het griffierecht verschuldigd blijft met een maximum van € 75 voor onvermogensden, € 250 voor natuurlijke personen en € 500 voor rechtspersonen.

80 Zie HR 6 februari 2015, JOR 2015/181, m.nt. S.C.J.J. Kortmann en N.E.D. Faber (*Bepro*).

81 Zie HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:151, r.o. 3.4. Deze uitspraak zal voor de Raad van de Rechtspraak als een verrassing zijn gekomen. Op 8 maart 2016 verscheen er op rechtspraak.nl nog een nieuwsbericht waarin werd gemeld dat bij een verzoek tot faillietverklaring van een VOF en haar vennoten griffierecht verschuldigd is door zowel de VOF als de vennoten en dat het *Bepro*-arrest daar geen verandering in heeft gebracht.

82 Zie Procesreglement, art. 1.1.4.1 en 1.2.3.1.

83 Zie Procesreglement, art. 1.2.3.3.

84 Zie Procesreglement, art. 1.1.4.3.

85 Zie Procesreglement, art. 1.1.4.3. Opvallend is dat het Procesreglement op dit punt in strijd lijkt te zijn met art. 6 lid 1 Fw waarin immers is bepaald dat 'de griffier [...] de oproeping doet op de wijze, bij algemene maatregel van bestuur te bepalen.' (curs. TTVZ en IMAL). De wet lijkt dus geen basis te bieden voor de oproeping door de verzoeker, maar slechts voor een oproeping door de griffier van de rechtbank. Bovendien kan volgens het Besluit ex art. 6 Faillissementswet de oproeping door de griffier slechts geschieden door middel van (i) aangetekende brief; (ii) telegraaf; of (iii) een bode van het rechtscollege of een ambtenaar van politie.

86 Zie HR 5 juni 2015, NJ 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2015/311, m.nt. J.O. Bijlo (*HSK/Bosma*).

87 Zie HR 5 juni 2015, NJ 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2015/311, m.nt. J.O. Bijlo (*HSK/Bosma*), r.o. 3.4.3.

88 Zie HR 29 oktober 1982, NJ 1983/196, m.nt. B. Wachter (*Lobo/NCB*), r.o. 3.2.

89 Zie Procesreglement, art. 1.1.3.1. Overigens kan de schuldenaar als alternatief een surseance- of WSNP-verzoek indienen, in welk geval de behandeling van dat verzoek voorrang heeft op de behandeling van de faillissementsaanvraag (zie art. 218 lid 6 respectievelijk art. 3 en 3a Fw).

90 Zie *Wessels Insolventierecht I*, 3^e druk, 2012, par. 1269 met verwijzingen.

tuurlijk persoon die in enige gemeenschap van goederen is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan, verschijnen beide partners of wordt een originele volmacht van de niet ter zitting verschenen partner overgelegd.⁹¹

Hoewel het verzoekschrift tot faillietverklaring moet worden ondertekend door een advocaat, schrijft de Faillissementswet de aanwezigheid van de advocaat bij de mondelinge behandeling niet voor. In de lagere rechtspraak wordt aangenomen dat die aanwezigheid ook niet vereist is.⁹² Zo overwoog het Hof Amsterdam: "In de bepalingen betreffende de reguliere verzoekschriftenprocedure is uitgegaan van het zonder advocaat ter zitting verschijnen en in persoon het woord mogen voeren (art. 279 lid 3 Rv.). Niet valt in te zien dat vanwege de bijzondere aard van de faillissementsprocedure geen aansluiting kan worden gezocht bij de reguliere verzoekschriftprocedure op het punt van de verschijning ter zitting of dat deze procedure in vergelijking tot de reguliere verzoekschriftprocedure speciale waarborgen ten aanzien van de kwaliteit behoeft. In elk geval staat art. 362 lid 2 Fw. niet aan analoge toepassing van art. 279 lid 3 Rv. in de weg. Het kan zo zijn dat het aanbeveling verdient dat partijen bij de behandeling van een faillissementsverzoek door ervaren advocaten worden bijgestaan en de rechter kan daar in voorkomende gevallen ook op aandringen, maar het voert te ver om op die grond de aanwezigheid van een advocaat verplicht te stellen."⁹³ Wij menen dat deze flexibele benadering navolging verdient en ook past binnen de relevante jurisprudentiële kaders. Weliswaar oordeelde de Hoge Raad in 2007 nog dat art. 362 lid 2 Fw ook aan analogische toepassing van de regels uit titel 3 van Boek I Rv in de weg staat,⁹⁴ maar in diverse daarna gewezen arresten werden verschillende bepalingen uit die titel niettemin (analogisch) toegepast.⁹⁵ Gelet op de in § 4 weergegeven ratio van art. 362 lid 2 Fw ligt onzes inziens in de rede dat voor analogische toepassing van die bepalingen alleen dan géén plaats is indien het bijzondere karakter van de faillissementsprocedure of enige (andere) bepaling in de Faillissementswet daaraan in de weg staat.

Ter zitting kunnen de partijen een korte pleitnotitie voordragen en overleggen.⁹⁶ Het Procesreglement bepaalt dat bewijs- en andere stukken waarop partijen zich tijdens de zitting willen beroepen zo spoedig mogelijk worden ingediend doch uiterlijk op de dag van de zitting.⁹⁷ In hoeverre aanvullende stukken worden geacht tijdig in het geding te zijn gebracht, is in de rechtspraak nader uitgewerkt. Uitgangspunt is – ook in een faillissementsprocedure – dat de rechter slechts mag beslissen aan de hand van stukken, waarvoor geldt dat partijen voldoende gelegenheid hebben gehad daarvan kennis te nemen en zich daarover uit te la-

ten. Als het gaat om stukken waarvan reeds de aard en de omvang, gelet op het tijdstip waarop zij zijn overgelegd, het vermoeden wettigen dat tijd en gelegenheid voor behoorlijke kennisneming en voor de voorbereiding van verweer hebben ontbroken, dient de rechter er ook ambtshalve op te letten dat hieraan is voldaan.⁹⁸ Bij de beoordeling van de tijdigheid van de ingebrachte producties en het al dan niet bieden van een (aanvullende) gelegenheid tot het voeren van verweer, kan naast de aard en omvang van de stukken ook relevant zijn of de wederpartij de betrokken stukken, althans de daarin vervatte relevante gegevens, al kende uit anderen hoofde en in hoeverre de partij die met laattijdige producties geconfronteerd wordt, adequaat heeft laten blijken dat zij meende daardoor onredelijk in haar verweer te worden benadeeld én of die partij heeft laten blijken de inhoud van de desbetreffende stukken te betwisten.⁹⁹ Indiening op de dag van de zitting is – anders dan gedacht kan worden bij lezing van het Procesreglement – dus niet onder alle omstandigheden tijdig. In 2013 wees de Hoge Raad arrest in een zaak waarin zelfs na sluiting van de mondelinge behandeling nog een stuk was ingezonden. In die zaak stuurde de gerekwestreeerde na afloop van de zitting nog een fax aan het hof waaruit bleek dat de steunvordering inmiddels integraal was voldaan. Het hof woog die fax niet mee in zijn uitspraak. A-G Wesseling-van Gent concludeerde dat, hoewel de aard van de faillissementsprocedure meebrengt dat gegevens ook in een laat stadium mogen worden aangevoerd, ook in faillissementszaken nieuwe stellingen niet pas na sluiting van het onderzoek kunnen worden ingenomen, althans dat de rechter deze dan niet in zijn beoordeling behoeft te betrekken, ook als het essentiële stellingen betreft.¹⁰⁰ De Hoge Raad overwoog evenwel dat het hof het faxbericht ten onrechte niet had opgevat als een verzoek tot heropening van de behandeling. Normaal gesproken kan de rechter aan een dergelijk verzoek voorbijgaan op de grond dat hij voor heropening geen aanleiding ziet en hoeft hij die beslissing in verband met de proceseconomie niet te motiveren. Dit is echter anders in een procedure tot faillietverklaring waarin de rechter zijn beslissing dient te baseren op de toestand ten tijde van zijn uitspraak. Afhankelijk van de gronden die voor het verzoek tot heropening worden aangevoerd, kan de rechter dan bij afwijzing van het verzoek gehouden zijn die beslissing van een deugdelijke motivering te voorzien.¹⁰¹

VI. Stellen, verweren en rechterlijke toetsing

In het kader van een faillissementsaanvraag wijken de regels omtrent stelplicht en bewijslast af van bewijsregels uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering die gewoonlijk

91 Zie Procesreglement, art. 1.2.3.4. Dit is een uitwerking van art. 6 lid 2 jo art. 4 lid 2 Fw.

92 Zie Hof Den Haag 12 februari 2009, *JOR* 2009/235; Hof Amsterdam 25 augustus 2009, *JOR* 2010/81.

93 Zie Hof Amsterdam 25 augustus 2009, *JOR* 2010/81, r.o. 2.5.

94 Zie HR 12 oktober 2007, *NJ* 2007/622.

95 Zie HR 11 april 2008, *NJ* 2008/221 (*A./Advocatenkantoor Van Dijk*); HR 6 juni 2014, *NJ* 2014/299; HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/93.

96 Zie Procesreglement, art. 1.1.4.7.

97 Zie Procesreglement, art. 1.1.4.5.

98 Zie HR 29 november 2002, *NJ* 2004/172, m.nt. H.J. Snijders. Zie voorts conclusie A-G Wesseling-van Gent vóór HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7474, nr. 2.4 en 2.5; conclusie A-G Huydecoper vóór HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3531, nr. 4.

99 Zie A-G Huydecoper, conclusie vóór HR 8 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3531, nr. 5 en voetnoot 7.

100 Zie conclusie A-G Wesseling-van Gent vóór HR 3 mei 2013, *RI* 2013/79 (*Transavia/Racadio c.s.*), nr. 2.10 en 2.12.

101 Zie HR 3 mei 2013, *RI* 2013/79 (*Transavia/Racadio c.s.*), r.o. 3.3.

via de band van art. 284 Rv op de verzoekschriftprocedure van toepassing zijn. De rechter toetst slechts 'summierlijk' of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan.

Stellen

Het spreekt voor zich dat de faillissementsaangifte of -aanvraag de gegevens van de schuldenaar dient te bevatten en, indien het faillissement door een schuldeiser wordt aangevraagd, de gegevens van de verzoeker.

Artikel 4 lid 4 Fw bevat een specifieke stelplicht ten aanzien van de gegevens op basis waarvan de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt op grond van de IVO. De rechtsmachtsbepalingen zijn weliswaar van openbare orde en de rechter dient dus ambtshalve te bepalen of hem rechtsmacht toekomt, maar de wetgever heeft het wenselijk geacht om een stelplicht van de aangever of -vrager op te nemen om zo de beoordeling door de rechter van zijn rechtsmacht te vergemakkelijken.¹⁰² Die stelplicht is beperkt in die zin dat de aangever of -vrager gebruik kan maken van het rechtsvermoeden ten aanzien van vennootschappen in de IVO en straks ook van de aanvullende rechtsvermoedens ten aanzien van natuurlijke personen in IVO (nieuw). Zo kan de aangever of -vrager in het geval van een rechtspersoon volstaan met het vermelden van zijn statutaire zetel en wordt niet van hem verlangd dat hij tevens stelt waar naar zijn oordeel de COMI is gelegen.¹⁰³ Indien de aangever of -vrager verzuimt de betreffende gegevens te verschaffen, staat daar geen sanctie op. De rechter zal de aangever of -vrager dan vermoedelijk alsnog om de gegevens verzoeken. De wetgever heeft een sanctie niet nodig geacht, omdat – ervan uitgaande dat de aangever of -vrager wil bereiken dat het faillissement zo spoedig mogelijk wordt uitgesproken – de verwachting is dat de gegevens ook wel zonder sanctie worden verstrekt.¹⁰⁴ Overigens heeft de stelplicht slechts betrekking op het werkingsbereik van de IVO. Indien de IVO toepassing mist, kan de aangever of -vrager volstaan met gegevens waaruit dat blijkt en hoeft hij slechts op de rechtsmacht in te gaan als een rechterlijk verzoek of een verweer daartoe aanleiding geeft.¹⁰⁵

De aanvraag of het verzoek dient ook de gronden voor de relatieve bevoegdheid van de rechter (art. 2 Fw) te bevatten. Net als in andere verzoekschriftprocedures, maar anders dan in dagvaardingsprocedures, geldt dat de rechter zijn (absolute en) relatieve bevoegdheid ambtshalve toetst. De regels in art. 2 Fw moeten immers voorkomen dat een schuldenaar in verschillende arrondissementen failliet kan worden verklaard.¹⁰⁶ Het is tegen die achtergrond niet wen-

selijk dat de rechter bij de toetsing van zijn bevoegdheid afhankelijk zou kunnen zijn van een eventueel gevoerd bevoegdheidsverweer.¹⁰⁷

Voorts dient te worden gesteld dat aan de materiële vereisten voor faillietverklaring is voldaan. De aangever of verzoeker zal (i) summierlijk moeten doen blijken van feiten of omstandigheden die aantonen dat de schuldenaar verkeert in de toestand dat hij heeft opgehouden te betalen;¹⁰⁸ en (ii) aannemelijk moeten maken dat sprake is van pluraliteit van schuldeisers,¹⁰⁹ terwijl (iii) ten minste één vordering opeisbaar is.¹¹⁰ Bij een faillissementsverzoek door een schuldeiser dient eveneens summierlijk te blijken van het bestaan van zijn vorderingsrecht.¹¹¹ Met de term 'summierlijk' komt tot uitdrukking dat het gestelde niet hoeft te voldoen aan de regels van het bewijsrecht in burgerlijke zaken. De faillissementsprocedure leent zich niet voor een uitgebreid onderzoek naar de feiten noch voor uitgebreide bewijslevering; voldoende is dat na kort en eenvoudig onderzoek blijkt dat aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan.¹¹²

Een aanvraag door het OM moet bovendien door het openbaar belang worden gerechtvaardigd. Of er sprake is van een dergelijk bijzonder belang dat de rechtsorde raakt, kan door de rechter ambtshalve worden beoordeeld.¹¹³

Verweren

Het voeren van verweer is niet aan de orde in geval van een eigen aangifte. In dat geval zal het faillissement – indien voldoende is gesteld en de rechter niet op ambtshalve te toetsen gronden de aangifte afwijst – worden uitgesproken. Indien echter een schuldeiser het faillissement van zijn schuldenaar heeft aangevraagd, zal laatstgenoemde verweer kunnen voeren. Dat verweer zal in de regel een betwisting inhouden dat aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. De schuldenaar zal van de gegrondheid van zijn verweer ook summierlijk moeten doen blijken.¹¹⁴ Een blote betwisting is dus onvoldoende, maar meer dan aannemelijk maken dat niet aan de materiële vereisten voor faillietverklaring is voldaan hoeft een schuldenaar niet te doen om het faillissement af te wenden. Ook ziet men in de praktijk wel dat de schuldenaar zich er bij wege van verweer op beroept dat de aanvrager een redelijk belang bij de aanvraag ontbeert (art. 3:303 BW) of misbruik van bevoegdheid maakt (art. 3:13 BW). Denkbaar is ook dat de rechter een aangifte of verzoek tot faillietverklaring ambtshalve op een dergelijke grondslag afwijst, bijvoorbeeld omdat hij van

102 Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28654, nr. 5, p. 6.

103 Aangezien de rechter ambtshalve zijn internationale bevoegdheid dient te beoordelen, kan er voor de rechter aanleiding zijn op zoek te gaan naar feiten en omstandigheden waaruit volgt waar de COMI is gelegen, ook als er een vermoeden op grond van de IVO geldt. Zie voor een recent voorbeeld waarin het hof bij een eigen aangifte van een in Nederland gevestigde rechtspersoon, ambtshalve – en daarbij vele omstandigheden in ogenschouw nemend – nagaat of de COMI van die rechtspersoon ook in Nederland is gelegen: Hof Arnhem-Leeuwarden 15 augustus 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:6546.

104 Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28654, nr. 5, p. 6.

105 Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28654, nr. 5, p. 6.

106 Zie HR 28 januari 1983, NJ 1983/465, m.nt. B. Wachter (*Fastwin*).

107 In dagvaardingsprocedures is dat wel het geval; zie art. 110 lid 1 Rv.

108 Zie art. 6 lid 3 Fw.

109 Zie o.a. HR 11 juli 2014, NJ 2014/407, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Berzona*). Wij vermelden nog dat wij op dit moment als cassatieadvocaat betrokken zijn bij een cassatieprocedure waarin onzerzijds wordt verdedigd dat de pluraliteitseis voor faillietverklaring dient te worden losgelaten dan wel genuanceerd.

110 Zie *Wessels Insolventierecht I*, 3^e druk, 2012, par. 1196, onder (b), met verwijzingen.

111 Zie art. 6 lid 3 Fw en HR 5 maart 2004, JOR 2004/150.

112 Zie recentelijk de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 8 juli 2016, ECLI:NL:2016:1513, nr. 2.8, met verwijzingen.

113 Zie *GS Vermogensrecht*, art. 3:303 BW, aant. 7 (Jongbloed).

114 Zie MVT, Van der Feltz I, p. 270; HR 6 januari 1951, NJ 1953/7; HR 30 augustus 1991, NJ 1991/781.

oordeel is dat de schuldenaar de weg van het faillissement alleen bewandelt om in de Wsnp terecht te komen.¹¹⁵

Rechterlijke toetsing

Uitgangspunt in een geding tot faillietverklaring is dat de rechter zijn beslissing baseert op de toestand ten tijde van zijn uitspraak (*ex nunc*).¹¹⁶ De rechter moet dus steeds de op dat moment bestaande omstandigheden in aanmerking nemen.

VII. De uitspraak

In een verzoekschriftprocedure eindigt het geding normaal gesproken met een *beschikking* van de rechter. In de faillissementsprocedure is dat evenwel anders. De faillietverklaring van een schuldenaar geschiedt bij *vonnis* dat in het openbaar wordt uitgesproken (art. 4 lid 5 Fw). De afwijzing van het verzoek tot faillietverklaring wordt daarentegen op grond van rechtspraak van de Hoge Raad wel neergelegd in een *beschikking*,¹¹⁷ waarmee de in de Faillissementswet gehanteerde terminologie overigens niet steeds in overeenstemming is (zie bijv. art. 15a, 18 en 242 lid 4 Fw). De reden dat in 1893 in de Faillissementswet is opgenomen dat de faillietverklaring geschiedt bij *vonnis* en niet – zoals men zou verwachten in een verzoekschriftprocedure – bij *beschikking*, lijkt te zijn gelegen in het feit dat een *vonnis* destijds werd geacht met meer waarborgen te zijn omkleed dan een *beschikking* (met name waar het de motivering van de uitspraak betrof) en een *vonnis* in het openbaar diende te worden uitgesproken, terwijl dat in beginsel niet gold voor een *beschikking*.¹¹⁸ Deze argumenten gaan thans niet langer op. In het Voorontwerp Insolventiewet 2007, welk ontwerp als bekend de eindstreep niet heeft gehaald, werd dan ook voorgesteld ook het *vonnis* van faillietverklaring te vervangen door een *beschikking*, waarbij terecht werd opgemerkt dat de eis van art. 6 EVRM dat uitspraken in het openbaar plaatsvinden, mede betrekking heeft op *beschikkingen*.¹¹⁹ In art. 28 Rv is overigens reeds bepaald dat ook *beschikkingen* in beginsel in het openbaar moeten worden uitgesproken. Bovendien dient een *beschikking* de gronden van de beslissing te bevatten (art. 287 lid 1 jo. 230 lid 1 sub e Rv). Hooguit kan worden gezegd dat de motiveringseisen bij een af-

wijzende beslissing op een faillissementsaanvraag minder zwaar zijn dan in het geval dat de faillietverklaring wordt uitgesproken,¹²⁰ maar handhaving van het onderscheid tussen toewijzing (een in het openbaar uitgesproken *vonnis*) en afwijzing van de faillietverklaring (een niet in het openbaar uitgesproken *beschikking*) wordt daardoor onzes inziens niet gerechtvaardigd. Dat onderscheid dient te worden losgelaten.

Het *vonnis* van faillietverklaring dient met redenen te zijn omkleed.¹²¹ De mate waarin een faillietverklaring dient te worden gemotiveerd wordt enerzijds bepaald door het feit dat het een beslissing betreft die diep ingrijpt, ook in fundamentele rechten, en anderzijds door de aard van de op een spoedige beslissing gerichte procedure waarin aan de rechter grote vrijheid toekomt, nu slechts 'summierlijk' van het vervuld zijn van de wettelijke vereisten voor faillietverklaring moet blijken. De beslissing tot faillietverklaring dient, gelezen tegen de achtergrond van en in verband met de gedingstukken, ten minste zodanig te worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang en zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar is.¹²² Het *vonnis* moet voldoende feiten en omstandigheden vermelden waaruit de (summierlijk gebleken) toestand van te hebben opgehouden te betalen, is afgeleid.¹²³ Indien door degene wiens faillissement is aangevraagd, gemotiveerd en relevant verweer is gevoerd, maar hij niettemin in staat van faillissement wordt verklaard, moet uit het *vonnis* ten minste met een redelijke mate van zekerheid zijn op te maken dat zijn verweer onder ogen is gezien, alsmede op welke grond het is verworpen.¹²⁴ Het *vonnis* van faillietverklaring dient naast de motivering van de beslissing, nog een aantal andere gegevens te bevatten. De Faillissementswet bevat daaromtrent een aantal specifieke bepalingen. Indien de rechter zijn rechtsmacht ontleent aan de IVO, moet in het *vonnis* worden vermeld of het een hoofdprocedure dan wel een secundaire procedure in de zin van die verordening betreft (art. 6 lid 4 Fw). Art. 14 Fw bepaalt dat het *vonnis* van faillietverklaring tevens de benoeming van een rechter-commissaris, de aanstelling van een of meer curatoren en de last aan de curator tot het openen van aan de gefailleerde gerichte brieven en telegrammen moet vermelden. Voorts dient het tijdstip van de faillietverklaring tot op de minuut nauwkeurig te zijn vastgelegd. Hiernaast kan het *vonnis* van faillietverklaring een of meer ordemaatregelen bevatten, zoals de afkondiging van een afkoelingsperiode (art. 63 lid 4 Fw), de vaststelling van een taakverdeling tussen de curatoren (art. 70 lid 2 Fw), de instelling van een voorlopige commissie uit de schuldeisers (art. 74 lid 1 Fw) en het bevel tot inbewaringstelling van de schuldenaar (art. 87 lid 1 Fw).

115 Zie HR 28 juni 2013, NJ 2013/365.

116 Zie HR 5 juni 2015, NJ 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2015/311, m.nt. J.O. Bijlo (HSK/Bosma), r.o. 3.3.2, met verwijzingen. Op de *ex nunc*-beoordeling is een nuancering aanvaard voor het geval waarin de schuldenaar in staat van faillissement is verklaard nadat hij op de aanvraag tot faillietverklaring is gehoord, en hij vervolgens daartegen hoger beroep instelt (zie HR 10 november 2006, NJ 2006/610 (Hesco/Freudenberg) en het recente arrest HR 5 juni 2015, NJ 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen (HSK/Bosma), waarover meer in Deel II van dit artikel).

117 Zie HR 20 juli 1916, NJ 1916/1096; HR 13 maart 1924, NJ 1924/534.

118 Zie A.I.M. van Mierlo, 'De procedure tot faillietverklaring in het licht van het commune procesrecht', Tvl 1998/1, par. 4; M. Yznoides, 'Faillissements- versus burgerlijk procesrecht', Tvl 2004/special, par. 3.

119 Zie Voorontwerp Insolventiewet, p. 44 (t) met verwijzingen. Gelet op de gerechtvaardigde belangen van degene wiens faillietverklaring wordt verzocht, kan de wijze waarop een afwijzende beslissing openbaar gemaakt wordt wel afwijken van de wijze waarop dat geschiedt indien de faillietverklaring wordt uitgesproken (zie in dit kader ook Voorontwerp Insolventiewet, p. 26 (t)).

120 Zie HR 28 januari 1983, NJ 1983/545, r.o. 3.2; HR 5 juni 2015, NJ 2015/320, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2015/311, m.nt. J.O. Bijlo (HSK/Bosma), r.o. 3.2 in samenhang met de conclusie van A-G Langemeijer vóór dat arrest, nr. 2.8.

121 Zie art. 121 Gw, art. 230 lid 1 sub e jo art. 30 Rv en art. 5 RO.

122 Zie HR 4 juni 1993, NJ 1993/659, m.nt. D.W.F. Verkade; HR 7 april 1995, NJ 1997/21, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.3.

123 Zie bijv. HR 18 januari 2002, NJ 2002/146; HR 31 augustus 1976, NJ 1977/173, m.nt. B. Wachter.

124 Zie HR 7 april 1995, NJ 1997/21, m.nt. E.A. Alkema, r.o. 3.3.

De rechter kan de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van de wederpartij, ongeacht of het faillissement wordt uitgesproken.¹²⁵ In de zaak *A./Advocatenkantoor Van Dijk* uit 2008 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het in 2002 geïntroduceerde art. 362 lid 2 Fw niet eraan in de weg staat dat overeenkomstig het bepaalde in art. 289 Rv een uitspraak op een verzoek op grond van de Faillissementswet (waaronder begrepen een faillissementsverzoek) een veroordeling in de proceskosten kan inhouden; de mogelijkheid van een proceskostenveroordeling gold immers reeds vóór de invoering van art. 362 lid 2 Fw en uit de wetgeschiedenis bij die bepaling blijkt niet dat de wetgever met de bestaande rechtspraak heeft willen breken.¹²⁶ Het is overgelaten aan het inzicht van de rechter die over de feiten oordeelt of hij voor een proceskostenveroordeling aanleiding ziet.¹²⁷ Deze beslissing behoeft geen motivering.¹²⁸ Het vonnis tot faillietverklaring is van rechtswege bij voorraad, 'op de minuut' uitvoerbaar (art. 4 lid 5 Fw). Met de zinsnede 'op de minuut' komt tot uitdrukking dat de faillissementstoestand onmiddellijk intreedt en de werking van de faillietverklaring niet afhankelijk is van de beschikbaarheid van een grosse. De staat van faillissement vangt aan om 0.00 uur van de dag van de faillietverklaring (art. 23 Fw) en duurt voort zolang de faillietverklaring niet wordt vernietigd in een, in kracht van gewijsde gegane, latere uitspraak, na aanwending van een gewoon rechtsmiddel.

125 Zie HR 24 oktober 1997, *JOR* 1997/147, m.nt. E. Loesberg.

126 Zie HR 11 april 2008, *NJ* 2008/221 (*A./Advocatenkantoor Van Dijk*), r.o. 3.4.

127 Zie HR 24 oktober 1997, *JOR* 1997/147, m.nt. E. Loesberg.

128 Zie HR 24 oktober 1997, *JOR* 1997/147, m.nt. E. Loesberg.