

AANDACHTSPUNTEN BIJ HET AANVRAGEN VAN EEN FAILLISSEMENT

Initiatief nemen tot een faillissement?

Vaak is de beste manier om uw openstaande vordering te incasseren het verzenden van een vriendelijke herinnering. Dan volgt meestal alsnog betaling en bovendien blijft de relatie met uw klant goed. Soms zijn onvriendelijke herinneringen nodig. Als betaling dan nog steeds uitblijft, kan de gedachte opkomen het faillissement van uw debiteur aan te vragen...

De dreiging van een faillissement heeft mogelijk een groter effect op uw debiteur dan een verhoging van uw vordering met incassokosten of wat rente. Maar vraagt u vervolgens daadwerkelijk het faillissement van uw klant aan? En heeft dat ook zin? Uw bv zal in de regel worden aangemerkt als zogenoemde concurrente crediteur. Positief is dat niet; het betekent dat u zo ongeveer achteraan staat als de curator gaat uitdelen.

Curator

De bank heeft zijn vorderingen meestal goed verzekerd met een recht van pand of hypotheek. Pand- en hypotheekhouders (separatisten) hoeven zich van het faillissement niet veel aan te trekken, hun zekerheidsrechten blijven gewoon bestaan. Uit de faillissementsboedel wordt allereerst het salaris van de curator betaald. Het basistarief van de curator is € 200 per uur. Dat bedrag wordt nog hoger als de curator ervaren is of als het gaat om een groot faillissement. In het overgrote deel van de faillissementen blijft er vervolgens niets over om aan de concurrente creditoren te betalen. Voordat u de mededeling van de curator

ontvangt dat er niets wordt uitbetaald aan uw bv, bent u overigens al weer een paar jaar verder. Het faillissement van uw debiteur aanvragen is dus niet per se de ideale incassomethode.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Toch kan een faillissement voor u zinrijk zijn. Eén van de eerste activiteiten die de curator zal ondernemen, is het zoeken naar bestuurdersaansprakelijkheid. Het faillissementsrecht bevat wat dat betreft een aantal mooie voorzieningen. Als sprake is van onbehoorlijke taakvervulling waarvan aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest, is de bestuurder van uw debiteur aansprakelijk voor het hele faillissementstekort. 'Onbehoorlijke taakvervulling' is een vaag begrip. Ook wat dat betreft komt het faillissementsrecht u te hulp. Als de curator een administratie aantreft die niet op orde is, staat vast dat de bestuurder zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en staat in principe ook vast dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. De bestuurder kan alleen nog ontkomen aan aansprakelijkheid als hij weet aan te

tonen dat het faillissement in werkelijkheid een andere (externe) oorzaak heeft.

Jaarrekening

Zo'n zelfde bewijsvermoeden geldt als het failliete bedrijf in de afgelopen drie jaar de jaarrekening niet of niet op tijd gepubliceerd heeft. Ook dan staat onbehoorlijke taakvervulling vast en wordt aangenomen dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is geweest. Dat is een merkwaardige aanname – het niet tijdig publiceren van de jaarrekening veroorzaakt natuurlijk geen faillissement – maar wel een aanname die uw bv als schuldeiser goed van pas kan komen. U kunt bij de Kamer van Koophandel eenvoudig nakijken of de jaarrekeningen van uw debiteur op tijd openbaar gemaakt zijn (dat wil zeggen binnen 13 maanden na het einde van het boekjaar). Als dat niet zo is, heeft de bestuurder een probleem.

Persoonlijk

En het wordt voor de bestuurder nog zuurder. De statutair bestuurder van uw wanbetaler zal soms alleen maar een (management) bv zijn. Deze constructie biedt de persoon die uiteindelijk achter de bv zit echter geen bescherming. De aansprakelijkheid gaat net zo lang door de keten van bv's heen tot dat een natuurlijk persoon getroffen wordt. Een faillissement is al geen pretje, maar wordt nog afschrikwekkender als persoonlijke aansprakelijkheid dreigt. Ook als een bestuurder mogelijkhe-



den ziet om aan aansprakelijkheid te ontsnappen – bijvoorbeeld doordat hij een andere oorzaak van het faillissement kan aanwijzen – zal hij opzien tegen een procedure tegen hemzelf.

Indienen

Als u overigens aanwijzingen hebt voor onbehoorlijke taakvervulling door de bestuurder, moet u niet te lang wachten met het indienen van een faillissementsaanvraag of de dreiging daarmee. Verwijten aan de bestuurder, voor wat betreft bijvoorbeeld het niet tijdig publiceren van de jaarrekening, zijn alleen bruikbaar voor de afgelopen drie jaar.

Dreigementen

De dreiging met een faillissementsaanvraag is soms genoeg om uw schuldenaar aan het betalen te krijgen. Dat is dan voor beide partijen voordelig. De vordering van uw bv wordt dan immers sneller voldaan dan wanneer u het hele

faillissementstraject moet doorlopen. Bovendien is de kans groot dat er voor uw bv niets meer over is als het faillissement eenmaal is afgerond. Het heeft geen zin en het geeft geen pas om loze dreigementen te uiten. U moet de faillissementsaanvraag alleen aankondigen als u daadwerkelijk in staat bent daartoe over te gaan. Het effect van uw aankondiging het faillissement aan te vragen zal nog wat groter zijn als u in uw aankondiging vast kunt laten zien dat de bestuurder in geval van een faillissement persoonlijk aansprakelijk is. Sommige wanbetalers zijn zelfs dan niet onder de indruk. U kunt het dreigingsniveau dan wat opvoeren door de aanvraag gewoon in te dienen. Voor het indienen van de aanvraag is wel een advocaat nodig (alleen uw eigen faillissement kunt u zonder advocaat aanvragen).

Steunvordering

Voor een faillissement is meer nodig dan het onbetaald laten van de vorde-

ring van uw bv. De debiteur moet in een toestand verkeren waarin hij heeft opgehouden te betalen. Om deze toestand aan te tonen is alleen uw vordering niet genoeg. U moet ten minste één andere vordering noemen, de steunvordering. Het bestaan van de steunvordering is voldoende, de bijbehorende schuldeiser hoeft de faillissementsaanvraag niet te ondersteunen en hoeft daar zelfs helemaal niet achter te staan. Het vinden van een steunvordering kan een horde voor u zijn. U kunt steunvorderingen zoeken door eens rond te bellen in de branche waarin uw debiteur actief is. U vergroot uw kans op succes eveneens door contact op te nemen met deurwaarders en incassobureaus in de regio. Vraag hen of zij eventueel dossiers met betrekking tot uw debiteur in behandeling hebben.

Faillissementszitting

Zodra de rechtbank uw faillissementsaanvraag heeft ontvangen, bepaalt zij een datum voor de zitting. Faillissementszittingen worden altijd gehouden op dinsdagen. De rechtbank stuurt uw debiteur een schriftelijke uitnodiging voor de zitting. Tegen die tijd merkt ook de koelste debiteur dat het u menens is. Het is dan nog altijd mogelijk (en vaak verstandig) om het niet daadwerkelijk tot een faillissement te laten komen. U kunt de rechtbank nog op de dag vóór de zitting (maandag) tot 12.00 uur vragen om de faillissementszitting toch uit te stellen. Dat geeft u de mogelijkheid om alsnog in overleg met uw debiteur een oplossing te bereiken. U kunt de rechtbank tot vier keer toe vragen de zaak aan te houden. Zo kunt u de spanning voor uw debiteur natuurlijk flink laten oplopen. En dat is precies wat er nodig is om uw vordering met succes geïncasseerd te krijgen. Het rücksichtslos aanvragen van een faillissement leidt tot niets, loze dreigementen evenmin. Het is uiteindelijk de kunst om de goede balans te vinden tussen dreigen en doorzetten!

Bert van Mieghem, advocaat bij Wybenga Advocaten, e-mail: vanmieghem@wybenga-advocaten.nl