

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2017/0038 De faillissementsaanvraag: let op het procesrecht!

Jutd 2017/0038 d.d. 17-03-2017

Auteur(s): mr. J.P.W. Geven, Van Iersel Luchtman advocaten, Breda.

Inleiding

Een faillissementsaanvraag is een geducht incassomiddel. Onder druk van een dreigend faillissement zal een schuldeiser vaak alsnog geneigd zijn een vordering te voldoen. De aanvraag is relatief eenvoudig. In dit artikel bespreek ik waarop gelet moet worden indien de rechtbank verzocht wordt om een faillissement.

Vereisten voor een geldige faillissementsaanvraag

Het faillissement van een natuurlijk persoon¹ of een rechtspersoon kan op grond van artikel 1 Faillissementswet (Fw) aangevraagd worden door de schuldenaar zelf, op verzoek van een of meerdere schuldeisers of op verzoek van het Openbaar Ministerie (OM). Dat laatste kan alleen om redenen van openbaar belang. De aanvraag door het OM behandel ik niet nader.

Voor een eigen aangifte tot faillissement is geen advocaat vereist.² Dit geldt ook voor het aanvragen van het faillissement van een rechtspersoon door het bestuur van die rechtspersoon. De eigen aangifte kan geschieden door het invullen en versturen van een formulier op [rechtspraak.nl](#). Een advocaat kan het faillissement ook aanvragen door een verzoekschrift in te dienen. Een schuldeiser die het faillissement van zijn of haar schuldenaar verzoekt, heeft daarvoor, anders dan bij de eigen aanvraag, wél een advocaat nodig die een verzoekschrift indient bij de bevoegde rechtbank. De rechtbank die bevoegd is om de aanvraag te behandelen, is de rechtbank die zitting houdt in de woonplaats van de schuldenaar. Voor een rechtspersoon is dat ingevolge artikel 1:10 lid 2 BW de plaats waar de rechtspersoon statutair is gevestigd. In artikel 3 van de Europese Insolventieverordening is bepaald dat de insolventieprocedure geopend kan worden door de rechters van de lidstaat waar het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar is gelegen, ook wel het 'COMI' genoemd.

De faillissementszitting

Faillissementszittingen zijn niet openbaar. De schuldenaar is niet verplicht om in persoon of vertegenwoordigd door een gemachtigde op de zitting te verschijnen en hij hoeft ook geen advocaat mee te nemen indien hij wel verschijnt. De aanvrager van het faillissement hoeft zijn advocaat ook niet mee te nemen naar de zitting. De enkele indiening van het verzoekschrift door een advocaat is voldoende.³

Indien de schuldenaar niet verschijnt, gaat de rechtbank zonder nader onderzoek over tot uitspreken van het faillissement. De kans dat de faillissementsaanvraag dan wordt toegewezen, is groot. Dit wordt 'faillietverklaring bij verstek' genoemd.

Vereisten voor faillietverklaring

Er moet aan een aantal eisen zijn voldaan, wil de rechter de schuldenaar in staat van faillissement verklaren. Allereerst moet summierlijk blijken van een toestand waarin de schuldenaar is

opgehouden te betalen. Dit valt uiteen in twee componenten. Er dienen meerdere schuldeisers te zijn (ook wel 'pluraliteitsvereiste' genoemd) en de schuldenaar moet zijn gestopt met betalen. Ten tweede moet summierlijk blijken van het vorderingsrecht van de schuldeiser. 'Summierlijk blijken' betekent dat er door de rechter slechts kort onderzoek behoeft te worden gedaan naar de vordering.

De rechter doet uitspraak bij vonnis. Indien de rechter de schuldenaar failliet verklaart, is deze vanaf 00.00 uur van de dag van het wijzen van het vonnis failliet.

Rechtsmiddelen

Indien de schuldenaar, een schuldeiser of een andere belanghebbende het niet eens is met het vonnis, staan er rechtsmiddelen open. Deze kunnen aangewend worden in de in de Faillissementswet genoemde gevallen. Opvallend is dat de termijnen voor het instellen van een rechtsmiddel erg kort zijn. Het faillissement heeft zodanige invloed op de rechtsbetrekkingen met de schuldenaar, dat er niet te lang onzekerheid mag bestaan of het faillissement al dan niet standhoudt.

Verzet

Indien de schuldenaar niet is gehoord, heeft hij op grond van artikel 8 lid 2 Fw veertien dagen vanaf de dag na de uitspraak het recht om in verzet te gaan bij de rechtbank en zo het faillissement alsnog te laten vernietigen. Voor het indienen van dit verzoekschrift heeft de gefailleerde een advocaat nodig. Het recht van verzet is feitelijk gezien een nieuwe "eerste" kans voor de gefailleerde. Indien de gefailleerde kan aantonen dat de vordering van de aanvrager niet of niet langer bestaat, zal het verzet namelijk slagen. De Hoge Raad heeft dat bepaald in zijn arrest van 5 juni 2015⁴.

Schuldeisers die het faillissement niet zelf hebben aangevraagd en anderen die belang bij het faillissement of juist bij de vernietiging daarvan hebben, komt ook het recht van verzet toe op grond van artikel 10 Fw. Zij kunnen tegen de uitspraak tot faillietverklaring bij de rechtbank in verzet gaan gedurende acht dagen na de uitspraak. Ook hiervoor moet een advocaat ingeschakeld worden.

Hoger beroep

Mocht het faillissement stand houden, ondanks het door de gefailleerde ingestelde verzet, dan heeft de gefailleerde overeenkomstig artikel 8 lid 3 Fw de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen de afwijzing van het verzet. Als de gefailleerde wél aanwezig is geweest bij de zitting en dus de gelegenheid heeft gekregen om zijn verhaal te doen, heeft hij krachtens artikel 8 lid 1 Fw ook de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen. De mogelijkheid van verzet ontbreekt dan.

In hoger beroep is het veel lastiger om het faillissement te laten vernietigen dan dat dat bij verzet het geval is. De appelrechter mag namelijk zelfstandig beoordelen of summierlijk blijkt van het vorderingsrecht van de aanvrager, zo oordeelde de Hoge Raad in 2006.⁵ Dat houdt in dat de appelrechter rekening moet houden met de aanwezige schuldeisers en dus de totale schuldenlast moet beoordelen. Tussen het moment van de faillietverklaring en de hoger beroepsprocedure zullen er over het algemeen meerdere schuldeisers zich hebben gemeld bij de curator. Het is dan niet meer mogelijk om het faillissement te laten vernietigen door alleen maar de vordering van de aanvrager te betalen. De appelrechter moet namelijk niet alleen kijken naar de vordering van de aanvrager en de steunvordering, maar naar alle schuldeisers ten tijde van de behandeling van het hoger beroep. Bij verzet kan het faillissement daarentegen wel vernietigd worden indien de

vordering van de aanvrager inmiddels betaald is, maar zich inmiddels meerdere schuldeisers hebben gemeld.

De aanvrager van het faillissement heeft bij afwijzing van de aanvraag dan wel het slagen van het door gefailleerde ingestelde verzet ex artikel 9 Fw ook de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan. Deze regeling geldt ook bij de afwijzing van een eigen faillissementsaanvraag.

Ten slotte hebben ook degenen die op grond van artikel 10 Fw verzet hebben ingesteld de mogelijkheid van hoger beroep indien het verzet door de rechtbank is afgewezen. De termijn voor hoger beroep is acht dagen vanaf na de dag van uitspraak door de rechter. Het verzoek tot hoger beroep moet door een advocaat worden ingediend bij het gerechtshof.

Cassatie

Degene die partij is geweest bij een uitspraak van het hof, kan tegen die uitspraak gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak in cassatie gaan. Het verzoek tot cassatie moet ook door een (cassatie)advocaat ingediend worden. In cassatie wordt geen onderzoek ingesteld naar de feiten, maar slechts of de feitenrechter het recht juist heeft toegepast en de uitspraak voldoende gemotiveerd heeft.

Betaling faillissementskosten indien ingesteld verzet of hoger beroep slaagt

Indien de gefailleerde verzet of hoger beroep instelt teneinde het faillissement te laten vernietigen, zijn er vaak ten tijde van de behandeling van het verzet of hoger beroep al de nodige kosten gemaakt. Er zijn niet alleen griffiekosten verschuldigd, maar ook heeft de curator over het algemeen al de nodige (onderzoeks)werkzaamheden verricht. De curator zal namelijk ter zitting verslag moeten doen over het faillissement. Het is de vraag wie deze kosten dient te dragen als het faillissement wordt vernietigd doordat het door de gefailleerde ingestelde verzet of hoger beroep slaagt. Indien het faillissement vernietigd wordt omdat tijdens het verzet of het hoger beroep het vorderingsrecht van de aanvrager niet vast is komen te staan, zal de rechtbank of het hof de aanvrager over het algemeen veroordelen in de kosten van het faillissement.⁶ Indien vast komt te staan dat de voormalig gefailleerde de schulden pas na de faillietverklaring heeft voldaan, zal een rechter doorgaans oordelen dat deze de kosten op zich moet nemen, nu het faillissement door de schuldenaar niet op onredelijke gronden is aangevraagd.

Problemen bij de aanvraag

In de faillissementsprocedure kunnen zich verschillende problemen voordoen. Hieronder worden twee gevallen besproken die aan het uitspreken van het faillissement en het instellen van een rechtsmiddel in de weg kunnen staan.

Ondeugdelijke oproeping

In een zaak waarover de rechtbank Noord-Nederland recentelijk uitspraak deed⁷, werd het Procesreglement niet gevolgd. Bosma had op 8 juli 2014 een conceptverzoekschrift tot faillietverklaring van HSK aan HSK toegezonden met de mededeling dat het verzoekschrift bij uitblijven van betaling bij de rechtbank zou worden ingediend. Betaling bleef uit, waardoor HSK op 22 juli 2014 bij exploit werd opgeroepen voor de mondelinge behandeling van het verzoekschrift op 2 september 2014. Pas daarna werd het verzoekschrift ingediend bij de rechtbank. HSK werd dus opgeroepen voor de mondelinge behandeling van een nog niet ingediend verzoekschrift. Bosma wilde hiermee voorkomen dat zij griffierecht verschuldigd zou zijn indien HSK na ontvangst van het conceptverzoekschrift de vordering alsnog zou betalen.

HSK was in een eerder stadium door een andere verzoeker op een vergelijkbare manier opgeroepen en uiteindelijk voor niets naar de rechtbank afgereisd. Om dat nu te voorkomen, had HSK bij de rechtbank navraag gedaan of een mondelinge behandeling van het verzoekschrift van Bosma zou plaatsvinden. Dat bleek op dat moment nog niet het geval. Later diende Bosma het verzoekschrift alsnog in, waardoor een zitting werd gepland. HSK verscheen niet op de zitting van 2 september 2014 - in de veronderstelling dat deze niet zou plaatsvinden - en werd bij verstek failliet verklaard. Zij kwam in verzet van dit vonnis. Op 9 september vond de mondelinge behandeling van het verzet plaats. De dag daarvoor voldeed HSK de openstaande vordering van Bosma. De rechtbank verklaarde het verzet ongegrond. HSK ging hiertegen in hoger beroep en daarna in cassatie. De HR wees vervolgens in de zaak op 5 juni 2015 het hiervoor onder 'verzet' genoemde arrest over de beoordeling door de rechter van het verzet⁹, dat ik eerder in dit artikel al besprak.⁹ Het hoger beroep slaagde en het verzet werd gegrond verklaard. Het faillissement werd dus vernietigd.

HSK vordert in deze zaak een verklaring voor recht dat Bosma aansprakelijk is voor de schade die zij heeft geleden door het faillissement (dat later dus is vernietigd). Uit het Procesreglement bleek dat Bosma HSK pas mocht oproepen nádat door de rechtbank was medegedeeld wanneer HSK moest worden opgeroepen. Bosma draaide deze volgorde om en handelde daarmee dus in strijd met het Procesreglement. Doordat HSK niet verscheen, bestond daarmee volgens de rechtbank in beginsel een causaal verband tussen de - met het Procesreglement strijdige - oproep en het feit dat HSK ter zitting niet verscheen. Nu Bosma geen feiten had gesteld waaruit zou blijken dat HSK ook niet verschenen zou zijn als zij wel deugdelijk was opgeroepen, achtte de rechtbank dit causale verband aanwezig. Dat HSK de vordering vóór de mondelinge behandeling van het verzet betaalde, maakte des te meer aannemelijk dat dat HSK het niet zou hebben laten aankomen op te laat betalen van de vordering. Bosma handelde onrechtmatig jegens HSK en moest de - als gevolg van het faillissement - door HSK geleden schade vergoeden.

Ondeugdelijk rechtsmiddel of te laat rechtsmiddel ingesteld

Het te laat instellen van een rechtsmiddel zal leiden tot niet-ontvankelijkheid. Hetzelfde geldt indien een rechtsmiddel wordt ingesteld door een partij die daartoe niet bevoegd is. Dit deed zich voor in een zaak waarin het Hof 's-Hertogenbosch op 29 september 2016 uitspraak deed¹⁰. De werknemers van een B.V. verzochten om het faillissement daarvan. De zitting, die oorspronkelijk zou worden gehouden op 12 januari 2016, werd tweemaal aangehouden omdat de B.V., althans de in Polen woonachtige bestuurder, niet op behoorlijke wijze was opgeroepen. Daardoor werd het faillissement pas in juni 2016, een paar maanden na de eerste zitting, uitgesproken. De werknemers gingen in appel en verzochten het Hof om het vonnis te vernietigen en opnieuw rechtdoende de B.V. per 12 januari 2016 failliet te verklaren. De werknemers stelden dat zij, doordat het verzoek in eerste aanleg meerdere malen was aangehouden, niet langer het UWV konden verzoeken om de loonverplichtingen over te nemen. Indien het faillissement op 12 januari 2016 zou zijn uitgesproken, hadden zij nog aanspraak op salarisuitkering door het UWV voor de drie voorafgaande maanden, zo stelden zij. Het hof verklaarde de werknemers echter niet ontvankelijk, omdat zij uit hoofde van de Faillissementswet slechts de mogelijkheid hadden om in hoger beroep te gaan indien het faillissementsverzoek werd afgewezen. Het hof overwoog overigens dat een faillietverklaring met terugwerkende kracht überhaupt niet mogelijk zou zijn geweest; dit is in strijd met het wettelijk systeem.

Conclusie

Bij het aanvragen van een faillissement is het van belang om de procedure voor een faillissementsaanvraag goed te volgen en dat verzoekers van een faillissement zich goed vergewissen welke regels volgen uit de Faillissementswet en het Procesreglement. Indien de regels onvoldoende worden gevolgd, bestaat het risico om veroordeeld te worden in de kosten van het faillissement.

NOOT 1 - Let op: er doet zich een bijzondere situatie voor indien het faillissement van een natuurlijk persoon wordt aangevraagd. Hij of zij krijgt na de faillissementsaanvraag nog veertien dagen de mogelijkheid om een verzoek te doen tot toelating tot de wettelijke schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen. Zie hierover nader artikelen 3 en 3a Fw.

NOOT 2 - Let op: bij een eigen aangifte door een natuurlijk persoon die is gehuwd of een geregistreerd partnerschap is aangegaan is de medewerking van zijn echtgenoot of geregistreerd partner vereist op grond van artikel 4 Fw (tenzij iedere gemeenschap tussen hen is uitgesloten). Reden hiervoor is dat het faillissement krachtens artikel 63 Fw wordt behandeld als het faillissement van die gemeenschap.

NOOT 3 - Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 12 februari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH2781. Het Hof oordeelt dat er geen ruimte is voor het in algemene zin verplicht stellen van de aanwezigheid van de advocaat als voorwaarde voor toewijzing van een correct ingediend faillissementsverzoek. Het is echter wel aanbevelenswaardig om een advocaat mee te nemen, nu deze kennis van en ervaring met de faillissementspraktijk heeft.

NOOT 4 - Hoge Raad 5 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1473.

NOOT 5 - Hoge Raad 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY6204, NJ 2006/610.

NOOT 6 - Zie bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO4610; Rechtbank Noord-Nederland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:381.

NOOT 7 - Rechtbank Noord-Nederland 8 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:381.

NOOT 8 - Tot op dat moment was het nog geldend recht dat ook bij verzet de totale schuldenlast beoordeeld zou worden en dat slechts het betalen van de vordering van de aanvrager, niet zou leiden tot vernietiging van het faillissement. Om deze reden was het verzet dus eerder ongegrond verklaard.

NOOT 9 - Zie noot 4.

NOOT 10 - Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2016, ECLI:NL:GHSE:2016:4313.