

Selectieve betalingen door de bestuurder van een onderneming in moeilijkheden. Geniet de bestuurder keuzevrijheid of zijn er risico's?

De bestuurder van een onderneming in moeilijkheden staat voor moeilijke keuzes. Wanneer betaling van alle opeisbare schulden op een gegeven moment niet mogelijk is, zal hij er noodgedwongen vaak voor opteren om – met het oog op de voortzetting van de onderneming – met voorrang de schuldeisers die de continuïteit van de onderneming in gevaar kunnen brengen (vb. werknemers, bepaalde essentiële leveranciers of handelsverhuurder) te betalen boven andere schuldeisers van de onderneming. Commercieel neutrale schulden, zoals fiscale en sociale zekerheidsschulden, zijn vaak het kind van de rekening.

Selectieve betalingen door de bestuurder van een onderneming in moeilijkheden. Geniet de bestuurder keuzevrijheid of zijn er risico's?

De bestuurder van een onderneming in moeilijkheden staat voor moeilijke keuzes. Wanneer betaling van alle opeisbare schulden op een gegeven moment niet mogelijk is, zal hij er noodgedwongen vaak voor opteren om – met het oog op de voortzetting van de onderneming – met voorrang de schuldeisers die de continuïteit van de onderneming in gevaar kunnen brengen (vb. werknemers, bepaalde essentiële leveranciers of handelsverhuurder) te betalen boven andere schuldeisers van de onderneming. Commercieel neutrale schulden, zoals fiscale en sociale zekerheidsschulden, zijn vaak het kind van de rekening.

In principe is een selectieve betaling toegelaten. Buiten een samenloopsituatie, is een schuldenaar gerechtigd om te bepalen welke opeisbare schulden worden betaald en welke niet. Wanneer de onderneming zich evenwel in moeilijkheden bevindt, zijn selectieve betalingen door bestuurders echter niet zonder risico.

Hieronder geven we een beknopt overzicht van een aantal categorieën van schulden waarbij de bestuurder – zowel bij de betaling (cf. punt 1 t.e.m. 3) als bij de niet-betaling (cf. punt 4) - extra waakzaamheid aan de dag dient te leggen:

- Betaling van bestuurdersbezoldiging: de bestuurder blijft in principe gerechtigd om zichzelf uit te betalen, ook wanneer de onderneming zich in moeilijkheden bevindt. In deze omstandigheden is evenwel extra waakzaamheid vereist: de bestuurder dient (zoals steeds) het vennootschapsbelang in acht te nemen. Wie doet alsof er niets aan de hand is en lonen en bezoldigingen blijft uitbetalen zonder maatregelen te nemen om het voortbestaan van de onderneming te verzekeren en de toestand van de onderneming te optimaliseren, begaat een fout in de zin van artikel 1382 BW.
- Betaling van niet-opeisbare schulden: een bestuurder van een onderneming in moeilijkheden die beslist om niet-vervallen schulden te betalen (al dan niet aan zichzelf of een verbonden entiteit), neemt een groot risico. Wanneer de onderneming nadien failliet wordt verklaard, is deze betaling aanvechtbaar door de curator op grond van artikel XX.III, 2° WER. Hiervoor dient de curator enkel aan te tonen dat (i) de betaling verricht is in de verdachte periode en (ii) de schuld nog niet opeisbaar was. Een betaling verricht in deze omstandigheden, wordt vermoed benadeling aan de boedel toe te brengen. De curator dient dit bewijs dus niet te leveren. De schuldeiser tegen wie de curator de vordering van niet-tegenwerpelijheid instelt, kan evenwel het tegendeel bewijzen. De niet-tegenwerpelijheid sluit bovendien niet uit dat de curator de bestuurder aansprakelijk kan stellen voor de schade veroorzaakt door diens fout.
- Betaling van opeisbare schulden met bedrieglijke benadeling van de rechten van de schuldeisers: de betaling van een opeisbare schuld kan een paulianeuze handeling uitmaken. Dit is het geval wanneer de bestuurder de betaling verricht met bedrieglijke benadeling van de rechten van (één of meer) schuldeisers. Om van benadeling te kunnen spreken, is vereist dat de verhaalsmogelijkheden van de schuldeisers worden bemoeilijkt. Deze benadeling kan drie vormen aannemen: (i) verarming (vb. schenking), (ii) rangdoorbraak (vb. toestaan zakelijke zekerheid voor een bestaande schuld) en (iii) feitelijke verhindering van de verhaalsrechten van de schuldeisers (vb. overdracht van gemakkelijk beslagbare goederen). Vóór samenloop kan alleen een individuele schuldeiser de betaling aanvechten via de actio pauliana (art. 1167 BW). Zodra een samenloop situatie ontstaat (lees: faillissement), is de curator exclusief bevoegd om de faillissementspauliana (art. XX.II4 WER) in te stellen teneinde de betaling niet-tegenwerpelijk te laten verklaren aan de boedel. De curator dient hiervoor aan te tonen dat de betaling abnormaal was en dat de schuldenaar bij de aangevochten betaling wist dat de belangen van de andere schuldeisers zouden worden

geschaad. Opnieuw sluit deze niet-tegenwerpelijke niet uit dat de curator de bestuurder als verantwoordelijke voor de paulianeuze handeling aanspreekt op grond van artikel 1382 BW.

- Niet-betaling van fiscale en RSZ-schulden:
- door de niet-betaling van fiscale schulden (bedrijfsvoorheffing en btw), loopt de bestuurder het risico hoofdelijk aansprakelijk te worden gesteld voor de betaling van deze schulden (art. 51 Invorderingswetboek).
- de bestuurder die nalaat de RSZ-bijdragen te betalen, loopt het risico om bij navolgend faillissement van de onderneming persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk te worden gesteld voor een geheel of deel van de op het ogenblik van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen (art. XX.226 WER). Hiervoor is vereist dat hij in de loop van een periode van vijf jaar voorafgaand aan het faillissement als bestuurder betrokken is geweest bij minstens twee faillissementen of vereffeningen van ondernemingen waarbij schulden ten aanzien van een inningsorganisme van de sociale zekerheidsbijdragen onbetaald zijn gebleven.

De selectieve betaling door een bestuurder van een onderneming in moeilijkheden is dus niet zonder risico. Een gewaarschuwd bestuurder is er twee waard. Zelfs goedbedoelde keuzes kunnen de bestuurder voor zeer onaangename verrassingen plaatsen. Tijdig advies inwinnen kan heel wat onheil voorkomen. Omgekeerd geldt uiteraard dat afwachten geen optie is voor schuldeisers die er lucht van krijgen dat hun schuldenaar uit noodzaak slechts selectief betaalt.

Mechelsesteenweg 127A, b1 - 2018 Antwerpen

t. +32 3 260 98 60 | +32 2 790 44 44

Regentschapsstraat 58 bus 8 - 1000 Brussel

info@schoups.be

www.schoups.com