

Wat is de positie van de Belastingdienst onder WHOA?

Inleiding

Al geruime tijd is de wereld in de ban van het coronavirus. Veel ondernemingen zijn hierdoor in zwaar weer terecht gekomen. Gelukkig hanteert de Belastingdienst een zeer coulant beleid met betrekking tot uitstel van betaling van belastingschulden. Ondanks deze schappelijke opstelling van de Belastingdienst bestaat de mogelijkheid dat veel ondernemingen de economische malaise niet kunnen doorstaan. Een faillissement ligt in dergelijke gevallen op de loer.

Het voorkomen van faillissementen is een van de speerpunten geweest bij het wetgevingstraject 'Herijking Faillissementsrecht'. In dat kader is per 1 januari 2021 de WHOA-regeling ingevoerd. De afkorting WHOA staat voor 'Wet homologatie onderhands akkoord'. Op basis van deze regeling kan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en zijn schuldeisers en aandeelhouders goedkeuren (i.e. homologeren), als daarmee het faillissement van de schuldenaar kan worden voorkomen.

De grote vraag is hoe de Belastingdienst zich als crediteur zal opstellen onder de WHOA-regeling. Opmerkelijk is namelijk dat de rol van de Belastingdienst bij de invoering van de WHOA niet tot nauwelijks aan bod is gekomen. Overigens wordt in zijn algemeenheid in de tekst van de WHOA noch in de toelichting op het wetsvoorstel ingegaan op de fiscale consequenties van een dergelijk akkoord. In dit artikel zullen de rol en positie van Belastingdienst onder de WHOA-regeling worden belicht. Daarnaast zullen enkele (mogelijke) fiscale aspecten van een WHOA-akkoord worden besproken.

Doel en achtergrond van de WHOA

Voordat wordt ingegaan op de positie van de Belastingdienst onder de WHOA, zullen eerst het doel en de achtergrond van de WHOA-regeling worden besproken. Daarnaast zal worden ingegaan op de totstandkoming van een dergelijk akkoord en de situaties waarin dit effectief is.

Zoals vermeld in de inleiding maakt de WHOA het mogelijk voor bedrijven om hun schuldenlast te saneren door middel van een gerechtelijk akkoord. Het doel van de regeling is het versterken van het schuldsanerings- en herstructureringsstraject. Vóór de invoering van de WHOA kon een noodlijdende onderneming – buiten faillissement of surseance van betaling – namelijk alleen door een zogeheten schuldeisersakkoord tot afspraken met crediteuren komen. Dit bleek in de praktijk weinig effectief. Wanneer één of meer crediteuren niet met het schuldeisersakkoord wilden instemmen, dan moesten de onderhandelingen noodgedwongen worden afgebroken en kon het akkoord van tafel.

Onder de WHOA ligt dit anders. De WHOA maakt het voor een rechter mogelijk om (ook) weigerende crediteuren en aandeelhouders aan een akkoord te binden, als daarmee het faillissement van de schuldenaar kan worden voorkomen. Ook is het mogelijk om de WHOA in te zetten bij de afwikkeling van een onderneming die geen overlevingskansen meer heeft, als daarmee een beter resultaat wordt gehaald dan wanneer de afwikkeling zou plaatsvinden in faillissement. De gedachte hierachter is dat er op die manier meer waarde behouden blijft om te verdelen onder de schuldeisers.

Totstandkoming van een akkoord en weigeringsgronden

Niet iedere onderneming met een schuldenlast kan een beroep doen op de WHOA. De onderneming moet in elk geval in een toestand verkeren waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortzetten. Het doel van het akkoord moet voorts gelegen zijn in de afwikkeling van een

dreigend faillissement of, als er geen overlevingskansen zijn, in de afwikkeling van de onderneming.

Ook moeten crediteuren een hogere waarde van hun vordering kunnen realiseren dan in faillissement. De overige weigeringsgronden voor een homologatie staan genoemd in artikel 384 van de Faillissementswet (hierna: "Fw").

Onder de WHOA kan de schuldenaar zelf het initiatief nemen om een akkoord tot stand te brengen. Daarnaast kunnen crediteuren en aandeelhouders ook het initiatief tot een akkoord nemen. Zij kunnen de rechter verzoeken om een herstructureringsdeskundige aan te stellen, die vervolgens een akkoord voorbereid en aan de betrokken crediteuren en aandeelhouders voorlegt. In een WHOA-akkoord kunnen onder meer afspraken worden gemaakt over de volgende punten:

- Uitstel van betaling;
- Kwijtschelding van een vordering;
- Omzetting van de schuld in aandelenkapitaal ('debt for equity swap');
- Wijziging van een of meer lopende overeenkomsten.

Na het aanbieden van een akkoord dat betrekking heeft op één (of meer) van de voornoemde punten, mogen de betrokken crediteuren en aandeelhouders hierover stemmen. Dit gebeurt in 'klassen', waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende crediteuren met een soortgelijke positie (i.e. preferent/concurrent/voorrecht etc.). Een klasse wordt geacht voor een akkoord te hebben gestemd, als de crediteuren die voor stemmen gezamenlijk 2/3 van de totale schuld (of als het om aandeelhouders gaat: het geplaatst kapitaal) vertegenwoordigen. Op het moment dat in ieder geval één klasse voor heeft gestemd, kan het akkoord ter homologatie aan de rechter worden voorgelegd.

Wanneer de rechter het akkoord homologeert is het verbindend voor alle crediteuren en aandeelhouders die gerechtigd waren om over het akkoord te stemmen. Om die reden wordt ook wel over een 'dwangakkoord' gesproken. Het homologatieakkoord levert direct een executoriale titel op voor de daarbij betrokken crediteuren. Er staat geen hogere voorziening open tegen de homologatie door de rechter.

Voor welke situaties kan de WHOA een oplossing bieden?

De WHOA biedt uitkomst voor ondernemingen die in het verleden een hoge schuldenlast hebben opgebouwd, maar die verder solide resultaten boeken en op basis van hun operationele activiteiten dus rendabel kunnen zijn. Ook voor ondernemingen met knellende huurcontracten kan de WHOA een oplossing bieden. De WHOA biedt in ieder geval geen uitkomst voor ondernemingen die te hoge lasten hebben doordat ze te veel (of te dure) werknemers in dienst hebben. Een onderhands akkoord in het kader van de WHOA mag namelijk geen wijzigingen in bestaande arbeidsovereenkomsten aanbrengen.

De positie van de Belastingdienst

De Belastingdienst is niet zomaar een schuldeiser. Hij heeft ruimere verhaalsmogelijkheden en voorrechten dan gewone crediteuren. Zo kan de Belastingdienst onder meer dwangbevelen uitvaardigen zonder rechterlijke tussenkomst en heeft hij een voorrangpositie bij de uitwinning van gelden via beslag en faillissement.

In het derde lid van artikel 384 Fw staat expliciet opgenomen dat een verzoek tot homologatie kan worden afgewezen als blijkt dat de tegenstemmende crediteur op basis van het akkoord slechter af is, dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement. Bij de Belastingdienst kan een dergelijke omstandigheid zich snel voordoen, omdat hij zich kan beroepen op zijn hoge voorrangpositie. Hierdoor

bestaat een zeer reële mogelijkheid dat de Belastingdienst meer ontvangt zonder akkoord. Het is dus de vraag hoe de Belastingdienst zich als crediteur zal opstellen onder de nieuwe WHOA-regeling.

Om deze vraag te kunnen beantwoorden is het van belang om het beleid van de Belastingdienst onder de loep te nemen. Het invorderingsbeleid van de Belastingdienst is vastgelegd in de 'Leidraad Invordering'. Hierin staan voorwaarden genoemd waaronder de Belastingdienst zijn medewerking aan het eerder besproken, en uit de gratie geraakte, schuldeisersakkoord verleent. De regeling van de Leidraad Invordering dateert van vóór de invoering van de WHOA.

De bekendste voorwaarde uit de Leidraad Invordering is dat alleen medewerking wordt verleend aan een akkoord, als aan de Belastingdienst een uitkering toekomt die het dubbele bedraagt van de uitkering aan concurrente crediteuren. In het kader van de WHOA geldt dat MKB-crediteuren bij een onderhands akkoord in principe minimaal 20 procent van hun vordering uitbetaald moeten krijgen. Dit zou in beginsel betekenen dat de Belastingdienst minimaal 40 procent moet ontvangen. In het overgrote deel van de gevallen is dit percentage onrealistisch hoog.

In een Kamerbrief van 21 januari 2021 hebben de Ministers van EZ, Financiën en SZW echter al aangegeven dat de Belastingdienst een voorgesteld akkoord met 'welwillende blik' zal beoordelen. Een mooi praktijkvoorbeeld van deze 'welwillende blik' volgt uit de beschikking van de Rechtbank Noord-Holland van 19 februari 2021¹, waarin de Belastingdienst heeft ingestemd met een homologatieakkoord. De concurrente crediteuren kregen op basis van dit akkoord 16 procent uitgekeerd. De Belastingdienst 'slechts' 21 procent. Uit de beschikking blijkt dat de Belastingdienst het saneringsverzoek inderdaad met een 'welwillende blik' heeft beoordeeld, en bereid is geweest af te wijken van de bepalingen uit de Leidraad Invordering.

Ook de rechtbank Gelderland heeft onlangs een interessante uitspraak gedaan over de homologatie van een akkoord via de WHOA². Het homologatieverzoek werd toegewezen, ook al was er een schuldeiser niet in het akkoord meegenomen. Volgens de rechtbank was mogelijk sprake van een afwijzingsgrond omdat een concurrente schuldeiser buiten de akkoordprocedure werd gehouden, terwijl de stemgerechtigde schuldeisers daarvan niet op de hoogte waren. De rechtbank heeft het akkoord uiteindelijk toch gehomologeerd, omdat met desbetreffende schuldeiser een separate overeenkomst werd gesloten die hem in dezelfde positie bracht als de andere schuldeisers.

In sommige gevallen is de rechtbank streng. De rechtbank Den Haag³ heeft op 2 maart 2021 een verzoek tot homologatie van akkoord afgewezen, omdat de verzoeker had nagelaten om alle stemgerechtigde schuldeisers op de juiste wijze in kennis te stellen van het tijdstip van de homologatiezitting bij de rechtbank. Daarnaast was sprake van onjuistheden in de verstrekte informatie aan de schuldeisers. De rechtbank oordeelt dat om die reden sprake is van een afwijzingsgrond.

Op 3 mei 2021 heeft ook voetbalclub ADO Den Haag een startverklaring voor het opstarten van een WHOA-traject bij de rechtbank gedeponereerd. De voetbalclub heeft al langer financiële problemen en verzocht de rechtbank een afkoelingsperiode te gelasten en een herstructureringsdeskundige aan te stellen. De toekomst moet uitwijzen welke positie de Belastingdienst zal innemen in deze procedure.

¹ Rechtbank Noord-Holland, 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398.

² Rechtbank Gelderland, 10 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128.

³ Rechtbank Den Haag, 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798.

Conclusie

Het voorkomen van faillissementen is een van de speerpunten geweest bij het wetgevingstraject 'Herijking Faillissementsrecht'. In dat kader is per 1 januari 2021 de WHOA-regeling ingevoerd. Op basis van deze regeling kan de rechtbank een onderhands akkoord tussen een onderneming en haar schuldeisers en aandeelhouders goedkeuren (i.e. homologeren), als daarmee het faillissement van de schuldenaar kan worden voorkomen.

De WHOA biedt uitkomst voor ondernemingen die een hoge schuldenlast hebben opgebouwd, maar verder solide resultaten boeken en op basis van hun operationele activiteiten dus rendabel kunnen zijn. Ook voor ondernemingen met knellende huurcontracten kan de WHOA een oplossing bieden.

In dit blog is de vraag aan de orde gekomen welke positie de Belastingdienst, als schuldeiser met een bijzondere verhaalspositie, inneemt in het kader van de WHOA. Uit de rechtspraak lijkt als lijn naar voren te komen dat de Belastingdienst voorgestelde akkoorden met een 'welwillende blik' beoordeelt. Er wordt genoeg genomen met uitkeringspercentages die lager liggen dan in de Leidraad invordering wordt voorgeschreven voor het meewerken aan het conventionele schuldeisersakkoord.

Dat geeft hoop voor de toekomst!

Auteur: mr. V.C. Langenburg