

Anderhalf jaar na de invoering van de WHOA: een analyse van de positie van de ontvanger

In december vorig jaar heb ik een inleidend blog geschreven over de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Nu we inmiddels ruim een half jaar verder zijn, is het interessant om de positie van de ontvanger onder de WHOA te analyseren door middel van enkele praktijkvoorbeelden.

De rechtspraak heeft in de tussentijd immers niet stilgelegen.

Integendeel, er lijkt in grote mate gebruik te zijn gemaakt van de WHOA - het nieuwe 'reddingsmiddel' voor in de financiële problemen geraakte, maar toch levensvatbare, ondernemingen. Ook de Staatssecretaris van Financiën heeft op deze ontwikkelingen gereageerd door het beleid dat is neergelegd in de Leidraad Invordering 2008 aan te passen. De aanpassing van de Leidraad zal in dit blog als eerste worden besproken.

Vervolgens zal worden ingegaan op enkele interessante WHOA-

akkoorden die de afgelopen anderhalf jaar zijn goedgekeurd

(gehomologeerd), waarbij de nadruk komt te liggen op de positie die de ontvanger in deze zaken heeft ingenomen.

Aanpassing van de Leidraad Invordering 2008

De Staatssecretaris van Financiën heeft naar aanleiding van de invoering van de WHOA de Leidraad Invordering 2008 per 1 juli 2021 aangepast. Er zijn een aantal nieuwe bepalingen aan de Leidraad toegevoegd. Dit betreffen specifieke uitzonderingen op het reguliere kwijtscheldingsbeleid.

In het kader van het reguliere kwijtscheldingsbeleid gelden - in beginsel - drie kernvoorwaarden voor medewerking van de fiscus aan een akkoord door kwijtschelding van belastingsschulden. Het gaat erom dat (1) alle crediteuren meedoen aan het akkoord, (2) er geen redelijke mogelijkheid is om een derde aansprakelijk te stellen en (3) de fiscus ten minste het dubbele percentage ontvangt van het bedrag dat aan concurrente crediteuren wordt uitgekeerd. 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 ligt dit percentage echter onrealistisch hoog.

Per 1 juli 2021 is de Leidraad Invordering 2008 aangepast door invoering van artikel 73.3a, waarin het geldende beleid bij een aangeboden WHOA-akkoord staat beschreven. Hieruit volgt dat de Belastingdienst kan instemmen met een aangeboden WHOA-akkoord, indien het:

- schriftelijk is aangeboden en voldoet aan de in artikel 375 FW gestelde eisen;

- de ontvanger in een klasse wordt ingedeeld waarin zijn wettelijke preferentie voldoende tot uiting komt;

- het aannemelijk is dat het aangeboden akkoord, afgezien van de daarvoor nog te verrichten formaliteiten, door de rechtbank zou worden gehomologeerd.

In het tweede lid van artikel 73.3a.2 van de Leidraad Invordering 2008 staat expliciet opgenomen dat bij de beoordeling van een WHOA-akkoord slechts "rekening hoeft te worden gehouden" met de zogenoemde 20%-regel. De ontvanger kan daardoor onder omstandigheden medewerking verlenen aan een akkoord, ondanks dat niet het dubbele percentage wordt ontvangen van het bedrag dat concurrente schuldeisers krijgen. Dit is in lijn met de positie die de Belastingdienst eerder heeft ingenomen bij de beschikking van de Rechtbank Noord-Holland van 19 februari 2021, enkele maanden vóór de aanpassing van de Leidraad Invordering 2008.

De Belastingdienst kan daarnaast ook instemmen met een WHOA-akkoord dat niet ziet op alle schuldeisers van de belastingsschuldige of waarbij nog een redelijke mogelijkheid bestaat om een derde aansprakelijk te stellen. Voorts kan de Belastingdienst instemmen met een WHOA-akkoord waarbij één of meer schuldeisers het gedeelte van hun vordering dat niet wordt voldaan, niet kwijtschelden, maar omzetten in aandelen. Tot slot is de regeling uit de Leidraad Invordering 2008 van toepassing verklaard op belastingaanslagen waarvoor in beginsel geen kwijtschelding wordt verleend (e.g. belastingaanslagen motorrijtuigenbelasting).

Analyse van enkele interessante uitspraken - de Belastingdienst lijkt genoeg te nemen met 'minder'

Op 3 mei 2021 heeft voetbalclub ADO Den Haag een startverklaring voor het opstarten van een WHOA-traject bij de Rechtbank Den Haag gedeponeerd. De voetbalclub bevond zich al langer financiële problemen en heeft de rechtbank verzocht om een afkoelingsperiode te gelasten en een herstructureringsdeskundige aan te stellen.

Na enkele verlengingen van de afkoelingsperiode heeft de Rechtbank Den Haag op 25 februari 2022 het voorgelegde WHOA-akkoord gehomologeerd. De aandelen in de voetbalclub zijn aan de nieuwe aandeelhouder overgedragen. De nieuwe aandeelhouder van de voetbalclub betreft het bedrijf Bolt, eigendom van David Blitzer, een Amerikaanse investeerder in sport. De schuldeisers hebben binnen 14 dagen het bedrag dat uit het akkoord voor hen voortvloeit, ontvangen. De Belastingdienst heeft onder dit WHOA-akkoord een percentage ontvangen dat tweemaal zo hoog ligt als het gestaffelde uitkeringspercentage aan de concurrente schuldeisers.

Voor de Belastingdienst gold bijvoorbeeld dat, voor zover de erkende vordering (en de artikel 29 lid 7 OB-claim) gezamenlijk € 1.000.000 of meer zou bedragen, de Belastingdienst 40% van het totaal zou ontvangen tot een bedrag van € 500.000, 30% van het meerdere tot € 1.000.000 en 20% van het restant. Daarentegen gold voor de concurrente schuldeisers dat, voor zover de erkende vordering op de fixatiedatum € 1.000.000 of meer zou bedragen, 20% van de erkende vordering tot € 500.000 zou worden ontvangen, 15% van het meerdere tot € 1.000.000 en 10% van de alsdan resterende vordering.

In een zaak van 10 februari 2022 die diende bij de Rechtbank Den Haag is de Belastingdienst akkoord gegaan met een uitkeringspercentage van 21 procent, terwijl de concurrente MKB-schuldeisers 20 procent ontvingen en de overige concurrente schuldeisers 10,5 procent. Op 26 oktober 2021 heeft de Rechtbank Den Haag een WHOA-akkoord gehomologeerd waarbij de Belastingdienst een uitkering van slechts 8,20 procent (!) ontving, de concurrente MKB-schuldeisers 20 procent en de overige concurrente schuldeisers 4,10 procent.

Hoewel niet van belang voor de hoogte van de uitkeringspercentages waar de Belastingdienst onder de WHOA mee akkoord lijkt te gaan, heeft de Rechtbank Gelderland op 10 maart 2021 ook een interessante uitspraak gedaan. Een homologatieverzoek werd toegewezen ook al was er een schuldeiser niet in het akkoord meegenomen. Volgens de rechtbank was mogelijk sprake van een afwijzingsgrond nu bleek dat 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 overeengekomen die hem in dezelfde positie bracht als de andere schuldeisers.

In sommige gevallen is de rechtbank strenger. De Rechtbank Den Haag heeft bijvoorbeeld een verzoek tot homologatie van een akkoord afgewezen, omdat het volgens de rechtbank onaannemelijk is dat de bedrijfsactiviteiten van de onderneming levensvatbaar zijn. Daarnaast heeft de verzoeker nagelaten om alle stemgerechtigde schuldeisers op de juiste wijze in kennis te stellen van het tijdstip van de homologatiezitting bij de rechtbank. Ook was sprake van onjuistheden in de verstrekte informatie aan de schuldeisers. De Rechtbank Den Haag heeft om die reden de weigeringsgronden van artikel 384 lid 2 sub b en sub c Fw van toepassing verklaard.

In een zaak van 22 november 2021 die diende bij de Rechtbank Limburg is de Belastingdienst aanvankelijk akkoord gegaan met een uitkeringspercentage van 17 procent, terwijl de concurrente crediteuren 14 procent zouden ontvangen. De concurrente MKB-schuldeisers hebben echter tegen het WHOA-akkoord gestemd omdat zij - zonder dat daarvoor een zwaarwegende grond werd aangevoerd - niet minimaal 20% van hun vordering ontvingen. De Rechtbank Limburg heeft het verzoek tot homologatie om die reden afgewezen, omdat zij de weigeringsgronden van artikel 384 lid 4 onder a en b Fw van toepassing achtten.

Conclusie

De rechtspraak die in dit artikel is aangehaald laat zien dat de Belastingdienst zich onder de WHOA soepel opstelt. Nu de Belastingdienst op basis van de Leidraad Invordering 2008 de mogelijkheid heeft om medewerking te verlenen aan een akkoord, ondanks dat niet het dubbele percentage wordt ontvangen van hetgeen aan concurrente schuldeisers wordt uitgekeerd, lijkt van deze bevoegdheid tot afwijking - in de praktijk - ook ruim gebruik te worden gemaakt.