

# De WHOA en de eenmanszaak

Bart Smink, Sandra Tijssen-Dellemijn

Ondanks het historisch laag aantal faillissementen na COVID-19 en de steunmaatregelen van de overheid hebben veel ondernemers in het kleinbedrijf het bijzonder moeilijk. Van deze ondernemers neemt een grote groep deel aan het economisch verkeer via een eenmanszaak\*. Dit betekent dat deze groep ondernemers privé in ernstige financiële problemen kunnen komen wanneer zij het hoofd niet meer boven water kunnen houden.

Met de invoering van de WHOA per 1 januari 2021 is er een nieuw instrument voor ondernemers om financiële problemen te voorkomen en op te lossen. Natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen zijn van de WHOA uitgesloten. Dit werpt de vraag op in hoeverre ondernemers met een eenmanszaak gebruik kunnen maken van de WHOA. Staan zowel het saneringsakkoord als het liquidatieakkoord voor hen open en hoe ga je bij deze twee akkoorden om met schulden die in de privésfeer zijn ontstaan?

Om hier inzicht in te verkrijgen zullen wij als eerste ingaan op de wetsgeschiedenis van de WHOA in samenhang met de eenmanszaak en de tot heden bekende jurisprudentie waarbij eenmanszaken zijn betrokken. Vervolgens is er aandacht voor het liquidatieakkoord en de door de WHOA vereiste vergelijking met liquidatie in faillissement om tot slot met een advies te komen aan eenmanszaak ondernemers hoe zij hun schulden het beste onder de WHOA kunnen saneren.

## 1. De wet(sgeschiedenis) en jurisprudentie

Volgens de Memorie van Toelichting bij de WHOA

heeft de wet primair als doel het reorganiserend vermogen te versterken van ondernemingen die vanwege een zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn.<sup>[1]</sup> Na een succesvol WHOA-traject kunnen deze ondernemers verder met hun onderneming. Een andere mogelijkheid die de WHOA biedt is het zogenoemde 'liquidatieakkoord'. De WHOA staat open voor ondernemingen waarvan de liquidatie van de onderneming bij een akkoord buiten faillissement tot een hogere opbrengst leidt dan bij een liquidatie in faillissement.<sup>[2]</sup> Een dergelijk WHOA-traject leidt bij homologatie van het akkoord uiteindelijk tot liquidatie van de onderneming. Er zijn in feite dus twee vormen van 'WHOA-akkoorden'.

Wat bepaalt de wet over de toegankelijkheid van de WHOA? Artikel 369 lid 1 Fw bepaalt onder andere dat de WHOA niet van toepassing is op een natuurlijk persoon die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefent. Daarvoor is de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp) bedoeld met daarbij de mogelijkheid om aan de schuldeisers een dwangakkoord op te leggen (artikel 287a Fw).

Over de vraag hoe bij een eenmanszaak concreet invulling gegeven zal moeten worden aan de WHOA, in het bijzonder hoe het begrip beroep of bedrijf wordt uitgelegd, zal de (toekomstige) jurisprudentie ons duidelijkheid moeten gaan verschaffen. Ondanks dat de WHOA nog maar kort van kracht is zijn er toch al drie uitspraken gedaan waarbij een eenmanszaak verzoeker was. Wat leren deze uitspraken ons over de eenmanszaak?

De uitspraak van Rb. Midden-Nederland 26 maart 2021 (ECLI:NL:RBMNE:2021:1255) biedt meteen duidelijkheid over het begrip 'zelfstandig beroep of bedrijf'. De rechtbank overweegt in deze uitspraak het volgende:

*“ 3.6. Bij beantwoording van de vraag of [verzoeker] een onderneming drijft in de zin van de tweede afdeling van titel IV, moet het volgende voorop worden gesteld. De terminologie in artikel 369 Fw sluit aan bij artikel 3:15i van het Burgerlijk Wetboek en artikel 52 lid 1 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een onderneming moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval, waaronder de duurzaamheid en de omvang van de verrichte werkzaamheden, de beschikbare tijd, de winstverwachting, het ondernemersrisico, de omvang van de inkomsten, de omvang van de investeringen, het aantal opdrachtgevers en de bekendheid naar buiten.*

*3.7. Uit de stukken en hetgeen ter terechtzitting is besproken, is gebleken dat de onderneming van [verzoeker] reeds geruime tijd geleden, in november 2020, is gestaakt en afgewikkeld. Het enige dat van de onderneming resteert is een inschrijving in het Handelsregister en de zakelijke schulden. De huur is opgezegd en de huurverplichtingen houden per juni 2021 op. Er is geen sprake meer van een zelfstandige onderneming die nog moet worden afgewikkeld. Dit leidt er toe dat [verzoeker] niet (meer) kan worden aangemerkt als een natuurlijk persoon die een zelfstandig bedrijf (of beroep) uitoefent, zodat de regeling van artikel 369 e.v. Fw niet van toepassing is. Er is geen sprake van een herstructurering van schulden of van een gecontroleerde afwikkeling van een onderneming.”*

Zodra de ondernemer de activiteiten van de onderneming al enige tijd heeft gestaakt is er dus geen sprake meer van de uitoefening van een beroep of bedrijf en is de schuldenaar aangewezen op de minnelijke schuldenregeling met daaropvolgend mogelijk een Wsnp-traject.

Hoe de rechtbank zal oordelen indien de ondernemer zijn activiteiten recentelijk heeft gestaakt is op dit moment nog niet duidelijk. Wij kunnen ons voorstellen dat in het geval van een recent gestaakte eenmanszaak waar nog te liquideren vermogen aanwezig is de rechtbank tot een ander oordeel zal komen dan in haar uitspraak van 26 maart 2021.

De rechtbank Den Haag<sup>[3]</sup> heeft eveneens haar hoofd gebogen over een verzoek van een natuurlijk persoon met een eigen beroep of bedrijf. Aan de orde was een verzoek tot het benoemen van een herstructureringsdeskundige. Het verzoek was erop gericht om de onderneming na een succesvol WHOA-traject voort te zetten. Eén van de voorwaarden om een herstructureringsdeskundige te kunnen benoemen – wat tevens een voorwaarde is om een akkoord aan te kunnen bieden – is dat de schuldenaar in een toestand verkeert waarin het aannemelijk is dat hij insolvent zal raken (artikel 371 lid 3 Fw). Dit betekent dat een schuldenaar nog in staat is om zijn lopende verplichtingen te voldoen én tegelijkertijd voorziet dat er geen realistisch perspectief bestaat om een toekomstige insolventie af te wenden als de schulden niet worden geherstructureerd.<sup>[4]</sup> Bij de inhoudelijke beoordeling overweegt de rechtbank:

*“De WHOA ziet primair op de herstructurering van schulden van ondernemingen. Ter terechtzitting is gebleken dat een aanzienlijk deel van de schuldenlast (€ 11.714,-) bestaat uit privéschulden, zonder dat is gesteld of gebleken wanneer die schulden zijn ontstaan en of het ontstaan van die schulden verband houdt met de slechte ondernemingsresultaten. Ten aanzien van het openstaande bedrag van € 4.127,- aan CJIB-boetes is dat weinig aannemelijk. [Verzoekster] heeft in 2020 een positief bedrijfsresultaat behaald, maar is desondanks in financiële problemen gekomen. Dit is slechts te verklaren doordat [verzoekster] te hoge privéuitgaven heeft gehad. In 2021 wordt een resultaat begroot van slechts € 1.000,-. Zonder nadere toelichting en bij gelijkblijvende privékosten, is niet aannemelijk dat [verzoekster] in staat zal zijn haar lopende verplichtingen te voldoen.”<sup>[5]</sup>*

De door de ondernemer gebrekkig gevoerde administratie zal bij de beoordeling van de rechter vermoedelijk een belangrijke rol hebben gespeeld. Wat opvalt is dat de rechtbank opmerkt dat de WHOA primair ziet op sanering van zakelijke schulden, maar vervolgens wel uitgaat van de mogelijkheid van sanering van privéschulden. Dit lijkt ons eigenlijk niet meer dan evident aangezien de schuldenaar anders geen oplossing wordt geboden voor zijn totale schuldensituatie.

De rechtbank Den Haag lijkt een verband te willen leggen tussen de slechte ondernemingsresultaten en het ontstaan van de privéschulden. In de onderhavige casus is dit verband niet aanwezig nu de rechtbank tot de conclusie komt dat er voldoende winst is behaald in 2020 en de oorzaak van (een deel van) de privé schulden daardoor gelegen zal zijn in te hoge privé uitgaven. Het expliciet aanhalen van de CJIB-schulden kan erop wijzen dat de rechtbank de 'te kwader trouw' toets – die een belangrijke rol speelt bij een verzoek tot toelating tot de Wsnp (artikel 288 lid 1 sub f Fw – bij haar oordeel had willen betrekken. In het onderhavige geval kwam de rechtbank daar niet aan toe nu zij kon vaststellen dat zonder nadere toelichting en bij gelijkblijvende privékosten het niet aannemelijk is dat lopende verplichtingen kunnen worden voldaan en het verzoek op die grond afwijst.<sup>[6]</sup>

Interessant is wat de rechtbank geoordeeld had indien verzoeker de lopende verplichtingen wel had kunnen voldoen. Waren de CJIB-boetes dan aanleiding geweest om het verzoek af te wijzen? Wij zijn van mening dat de enkele constatering dat bij het akkoord een vordering is betrokken die te kwader trouw is ontstaan niet tot een algemene afwijzingsgrond zal moeten leiden. De 'te kwader trouw' toets komt in de WHOA niet direct terug. Het doel van de WHOA is realisatie van een hogere waarde via een reorganisatie of gecontroleerde afwikkeling.<sup>[7]</sup> Bij een dwangakkoord voor natuurlijke personen (artikel 287a Fw) is de 'te kwader trouw' toets ook niet allesbepalend en kán deze via een belangafweging een rol spelen.<sup>[8]</sup> Naar analogie bij het dwangakkoord in artikel 287a Fw is het ons inziens denkbaar dat een soortgelijke toets ook in

de WHOA wordt aangelegd via één van de algemene weigeringsgronden voor homologatie in artikel 384 lid 2 Fw.

Ook in de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 2 maart 2021<sup>[9]</sup> spelen de vooruitzichten voor de onderneming na eventuele homologatie van een akkoord een doorslaggevende rol. Voorafgaand aan het WHOA-traject had deze ondernemer een Bbz-krediet bij de gemeente aangevraagd. Om hierop te kunnen beslissen had de gemeente het Instituut voor het Midden- en Kleinbedrijf (IMK) gevraagd een levensvatbaarheidsonderzoek te verrichten. Op basis van de rapportage van het IMK heeft de gemeente uiteindelijk geen krediet verstrekt met als reden dat het bedrijf naar verwachting niet levensvatbaar is. De rapportage van het IMK is door de rechtbank in het WHOA-traject opgevraagd. Naast de overwegingen van de rechtbank over de inhoud van het akkoord voegt de rechtbank ook enkele overwegingen toe over de levensvatbaarheid, namelijk de volgende (r.o. 3.17):

*“Het onderhavige akkoord is er op gericht om tot een situatie te komen dat verzoeker zijn onderneming kan voortzetten. De WHOA ziet primair op ondernemingen die vanwege een te zware schuldenlast insolvent dreigen te raken, maar beschikken over bedrijfsactiviteiten die nog wel levensvatbaar zijn (Kamerstukken II, 2018/2019, 35 249, nr. 3, p. 1). Bij een eenmanszaak is hierbij niet alleen van belang of de bedrijfsactiviteiten tot een positief financieel resultaat kunnen leiden, maar tevens of dat positieve resultaat de ondernemer in staat stelt om in de kosten van levensonderhoud te voorzien. De rechtbank onderkent dat het ook hier in de eerste plaats aan de schuldeisers is om zich een oordeel te vormen omtrent de levensvatbaarheid van de bedrijfsactiviteiten van verzoeker. Dat neemt niet weg dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord kan afwijzen als evident onaannemelijk is dat sprake is van een (na uitvoering van het akkoord) levensvatbare onderneming.”*

Op basis van de door verzoeker aangeleverde begrotingen voor 2021 en 2022 komt de rechtbank vervolgens tot het oordeel dat het weinig aannemelijk is dat het netto resultaat de ondernemer in staat zal stellen om in zijn kosten van levensonderhoud te kunnen voorzien. Tezamen met nog andere afwijzingsgronden wordt de homologatie door de rechtbank geweigerd.

Wij merken hierbij op dat de WHOA geen expliciete levensvatbaarheidstoets voorschrijft als toegangsdrempel voor een pre-insolventieakkoord.<sup>[10]</sup> Wil de eenmanszaak ondernemer (een gedeelte van) de activiteiten voortzetten dan blijkt uit de eerste WHOA-jurisprudentie dat de rechtbank wel degelijk rekening houdt met deze toets in haar afweging om het akkoord te homologeren. De voort te zetten activiteiten van de eenmanszaak zullen ná het bereiken van een akkoord niettemin winstgevend moeten zijn: voldoende winst om lopende verplichtingen te voldoen én die voldoende is om in de kosten van levensonderhoud te voorzien. Zijn de kosten voor levensonderhoud ná herstructurering niet in lijn met geprognosticeerde winsten dan lijkt het er op dat dit aan homologatie van een akkoord onder de WHOA in de weg kan staan. Ons inziens betekent dit dat de levensvatbaarheidstoets voor de eenmanszaak ondernemer zwaarder is dan voor de 'rechtspersoon-ondernemer'. De eenmanszaak ondernemer dient immers de levensvatbaarheidstoets zowel zakelijk als privé te doorstaan.

ou de eenmanszaak ondernemer een liquidatieakkoord onder de WHOA willen bereiken dan is het raadzaam, gezien de beschreven jurisprudentie, om dat expliciet in het verzoek te vermelden nu de levensvatbaarheidstoets naar verwachting bij eenmanszaken in veel gevallen een obstakel zal kunnen vormen. Veel eenmanszaak ondernemers die in hun bedrijf met schulden kampen hebben doorgaans eveneens een schuldenpakket dat in de privé sfeer is ontstaan. Zou een (expliciet) liquidatieakkoord onder de WHOA deze ondernemers meer kans op succes bieden?

## 2 Liquidatieakkoord en liquidatie in faillissement

De wetgever heeft op suggestie van INSOLAD in de consultatieronde over de WHOA expliciet toegelaten dat de WHOA ook openstaat voor het gecontroleerd afbouwen van de activiteiten van de ondernemer onder de voorwaarde dat daarbij een beter resultaat kan worden behaald dan in faillissement.<sup>[11]</sup> Hoe moet daarbij worden omgegaan met schulden die in de privé sfeer zijn ontstaan en privévermogen van de eenmanszaak ondernemer?

Op grond van artikel 375 lid 2 sub d Fw dient het akkoord informatie over de financiële positie van de schuldenaar te bevatten. Gezien het juridisch ontbreken van afgescheiden vermogen bij de eenmanszaak gaat het hier in beginsel om financiële informatie over het vermogen van de eenmanszaak en de ondernemer privé. Het is denkbaar dat de ondernemer in het aan te bieden akkoord motiveert dat alleen zakelijke schulden worden gesaneerd, bijvoorbeeld doordat het privévermogen beperkt is en kan zijn bezwaard met zekerheidsrechten. In dat geval zal de ondernemer aan de crediteuren ons inziens wel volledige inzage moeten geven in zijn vermogenspositie ter voorkoming dat de rechtbank het verzoek op de grondslag dat de crediteuren onvolledig zijn geïnformeerd.

Wij zien - gezien het karakter van de WHOA als kaderregeling waarbij het primaat ligt bij de crediteuren die worden betrokken in het akkoord - geen bezwaren om privéschulden van de ondernemer eenmanszaak te saneren zolang er een gemotiveerde toelichting aan het ontstaan van de schuld(en) en de inspanningen om deze op te lossen ten grondslag ligt.<sup>[12]</sup> Transparantie is hierbij doorslaggevend.<sup>[13]</sup>

Op grond van artikel 383 lid 3 Fw kan de rechtbank de homologatie van een akkoord afwijzen indien summierlijk blijkt dat bij vereffening in faillissement een beter resultaat

behaald kan worden. De vergelijking met een faillissementssituatie is in het geval van een ondernemer met een eenmanszaak enigszins complex gezien het (toekomstig te realiseren) privé vermogen van deze ondernemer. Het faillissement van een natuurlijk persoon omvat het algehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring, alsmede hetgeen hij/zij gedurende het faillissement verwerft (artikel 20 Fw). Dit betreft dus onder meer het privé vermogen en inkomsten uit persoonlijke werkzaamheden voor zover de rechter-commissaris niet heeft bepaald dat deze inkomsten op grond van artikel 21 lid 2 Fw buiten het faillissement blijven. In de regel zal de rechter-commissaris een bedrag voor levensonderhoud vaststellen – gelijk de berekening van een vrij te laten bedrag door de bewindvoerder in een Wsnp-traject – dat de schuldenaar maandelijks mag behouden om zijn vaste lasten te voldoen. Het vermogen van een natuurlijk persoon in een faillissementssituatie valt gezien toekomstig potentiële inkomsten, de voorwaarden waaronder die worden verkregen en de onbekende duur van het faillissement niet eenduidig vast te stellen. Indien er bij een WHOA-akkoord rekening dient te worden gehouden met (toekomstig) inkomen dan lijkt het ons logisch om – naar analogie van het dwangakkoord ex artikel 287a Fw – voor de vergelijkingstoets in beginsel<sup>[14]</sup> aansluiting te zoeken bij de driejaarstermijn van de Wsnp.

Uit de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 26 maart 2021 volgt voorts dat de WHOA enkel openstaat voor ondernemers die de bedrijfsactiviteiten nog niet voor langere tijd hebben gestaakt. In het geval van een faillissement van een natuurlijk persoon met eenmanszaak zullen de bedrijfsactiviteiten, wanneer de boedel geen aanknopingspunten biedt om geleidelijk te liquideren, vaak snel gestaakt worden. In de Wsnp kunnen, wanneer dit in het belang is van de boedel en sprake is van een transparante beginsituatie, werkzaamheden als zelfstandige worden voortgezet. In faillissement komt dit voor zover wij weten zelden voor.<sup>[15]</sup> Dit maakt een vermogensvergelijking uiterst moeizaam zo niet onmogelijk. In een faillissementssituatie zal de ondernemer immers in beginsel (tijdelijk) geen inkomsten verwerven.

Is het dan voldoende om in een WHOA-traject enkel het vermogen van de beschikbare activa te waarderen, dat te vereffenen (hieronder begrepen het afstoten van rendabele activiteiten) en aan te bieden aan de schuldeisers? Dat lijkt eigenlijk de enige oplossing, want een toekomstig potentieel inkomen valt niet te waarderen en is uiterst subjectief van karakter.

Het is echter de vraag of de crediteuren bij een dergelijk akkoord zijn gebaat. Het alternatief is immers een faillissement waarbij door de ex-ondernemer, mocht het aannemelijk zijn dat een dienstverband kan worden betrokken en waarmee een substantiële afdracht mogelijk is, een hogere opbrengst kan worden gerealiseerd.

Inkomsten die gedurende het faillissement worden verworven komen – behoudens een door de rechter-commissaris vast te stellen bedrag voor levensonderhoud – ten gunste van de boedel. Crediteuren zijn hierdoor, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, mogelijk meer gebaat bij een faillissementssituatie dan bij een WHOA-akkoord. Is de verdien capaciteit in loondienst in faillissement naar verwachting zeer beperkt en is toestemming voor het voortzetten van werkzaamheden als zelfstandige niet aannemelijk, dan heeft een vergelijking met de te verwerven inkomsten in faillissement alleen al gezien de faillissementskosten ons inziens geen zin en kan dat buiten beschouwing worden gelaten.

## Conclusie

Uit de tot heden gewezen jurisprudentie en de beperkte informatie in de wetsgeschiedenis kan worden geconcludeerd dat het saneringsakkoord voor een eenmanszaak ondernemer uitsluitend openstaat indien de onderneming haar activiteiten nog niet voor langere tijd heeft gestaakt en de toets van levensvatbaarheid kan doorstaan om in de kosten van levensonderhoud te kunnen voorzien.

Eenmanszaak ondernemers die de levensvatbaarheidstoets niet kunnen doorstaan zijn aangewezen op het liquidatieakkoord. De vergelijking die voor homologatie van een liquidatieakkoord dient te worden gemaakt met de faillissementssituatie maakt deze route onzeker. Of in een faillissementssituatie voor de schuldeisers al dan niet een beter resultaat behaald kan worden is subjectief nu een potentieel inkomen ten tijde van het WHOA-akkoord niet bekend zal zijn. Aan de andere kant kan het, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, nadelig zijn voor de schuldeisers om geen rekening te houden met potentiële toekomstige inkomsten.

Het zou voor de groep eenmanszaak ondernemers goed zijn indien er meer uitspraken volgen waarbij een akkoord voor een eenmanszaak ondernemer door de rechtbank wordt gehomologeerd, zodat er meer inzicht komt in de levensvatbaarheidstoets, duidelijk wordt welke inspanningen van de eenmanszaak ondernemer worden verwacht om met succes een akkoord te bereiken en welke uitgangspunten er gelden bij de vergelijking met de faillissementssituatie bij een liquidatieakkoord.

Wij adviseren eenmanszaak ondernemers om bij het aanbieden van een akkoord goed na te denken over de keuze voor een sanerings- of liquidatieakkoord, vooraf voldoende transparantie te verschaffen over potentiële toekomstige inkomsten en desnoods geprognosticeerde inkomsten mee te nemen in het aan te bieden akkoord. Op deze wijze kan wellicht worden voorkomen dat schuldeisers op deze grond aan de rechtbank verzoeken om homologatie van het akkoord te weigeren.

\*In het tweede kwartaal van 2021 bedraagt op

basis van voorlopige cijfers de totale bedrijvenpopulatie in Nederland 1.955.515 bedrijven waarvan 1.301.055 eenmanszaken. Bron: CBS, data te raadplegen via <https://opendata.cbs.nl/#/CBS/nl/dataset/81588NED/table?dl=41D3B>.

<sup>[1]</sup> MvT, *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, 3, p. 1.

<sup>[2]</sup> MvT, *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, 3, p. 2.

<sup>[3]</sup> Rechtbank Den Haag 5 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033.

<sup>[4]</sup> Rechtbank Den Haag 5 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033, r.o. 4.7.

<sup>[5]</sup> Rechtbank Den Haag 5 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033, r.o. 4.9.

<sup>[6]</sup> Artikel 371 lid 3 Fw, artikel 370 lid 1 Fw.

<sup>[7]</sup> A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Onderneming en recht nr. 118), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 262.

<sup>[8]</sup> Rechtbank Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798, *JOR* 2021/102, m.nt. Tekstra.

<sup>[9]</sup> Mennens 2020, p. 265.

<sup>[10]</sup> MvT, *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, 3, p. 23 en artikel 376 lid 4 sub a Fw (nieuw) Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie.

<sup>[11]</sup> Artikel 375 lid 2 sub e Fw aanhef onder 1 en 2.

<sup>[12]</sup> MvT, *Kamerstukken II 2018/19*, 35249, 3, p.50.

<sup>[13]</sup> Indien de Wsnp niet openstaat voor de schuldenaar dan is een andere of zelfs geen vergelijkingstermijn denkbaar, zie o.a. rechtbank Overijssel 18 september 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:5067.

<sup>[14]</sup> Zie de op 6 juni 2018 door Recofa opgestelde "Handreiking voor zelfstandig ondernemen binnen de wettelijke schuldsaneringsregeling".