

1 | *Deal or No Deal?*
Het dwangakkoord buiten faillissement en het
perspectief van de schuldeiser: een civilologische
verkenning

J.A.A. Adriaanse, J.I. van der Rest & T.L.M. Verdoes[■]

1 INLEIDING

Medio 2014 heeft het ministerie van Veiligheid en Justitie het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II ter internetconsultatie aangeboden aan de praktijk.¹ In het wetsvoorstel wordt een nieuwe regeling uitgewerkt ‘ter versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven’. Een van de onderdelen is gericht op het zogenoemde ‘dwangakkoord buiten faillissement’. Kern hierbij vormt een ‘stemming door de schuldeisers over een door de schuldenaar aan hen aangeboden akkoord.’² Schuldeisers en aandeelhouders worden verdeeld in klassen (e.g. pand- of hypotheekhouders, preferente schuldeisers, gewone schuldeisers, aandeelhouders) en per klasse wordt gestemd over het onderhandse voorstel. Wanneer een meerderheid in een klasse met het akkoord instemt, kan het verbindend worden voor alle partijen binnen de klasse; het dwangakkoord is daarmee een min of meer opgelegde meerpartijenovereenkomst. Volgens de minister zal de regeling behelzen ‘dat schuldeisers of aandeelhouders *die onredelijk dwarsliggen* bij een door de meerderheid van de schuldeisers of aandeelhouders ondersteunde sanering van de schulden van de onderneming, kunnen worden gedwongen aan een zodanige sanering *mee te werken* indien daardoor een *faillissement kan worden voorkomen*’.

Wat is de rechtvaardiging van een dwangakkoord buiten faillissement, waarmee in contractuele vrijheid afgesloten overeenkomsten eenzijdig kunnen worden ontbonden, en daarmee rechten van crediteuren, op zijn zachts gezegd, ‘met voeten worden getreden’? Dwang (om geforceerd af te wijken van eerder gemaakte afspraken) heeft een negatieve connotatie, en zou – althans bezien

■ Prof. dr. mr. J.A.A. Adriaanse, dr. J.I. van der Rest en dr. T.L.M. Verdoes zijn verbonden aan de afdeling Bedrijfswetenschappen van de Universiteit Leiden. Zij doen onderzoek op het raakvlak van de bedrijfswetenschappen en het insolventierecht.

1 Minister van Justitie, kamerstuk d.d. 14 augustus 2014, zie <http://www.internetconsultatie.nl/wco2>.

2 Brief Minister van Justitie aan Tweede Kamer d.d. 27 juni 2013, kenmerk 403309.

vanuit de rechtszekerheid – in gevallen van vrijwillige contractvorming eigenlijk niet mogen bestaan. Wanneer dit wel gebeurt, moeten de redenen daartoe zeer zwaarwegend zijn, waarbij elke andere optie niet te prefereren is ('best of the worst outcome'). De gedachte achter een dwangakkoord buiten faillissement is dat crediteuren er zelf (vrijwillig) niet uitkomen, en dat dit een ongewenste situatie oplevert ('worse outcome'). Het nieuw beoogde faillissementsrecht biedt waarschijnlijk verdergaande mogelijkheden partijen te dwingen 'akkoord' te gaan, om daarmee meer gewenst gedrag en bovenal een gewenste einduitkomst te bewerkstelligen. Het recht gaat dus uit van gedragingen – crediteuren geven niet vrijwillig hun rechten op – en probeert daar verandering in aan te brengen: een betere uitkomst in de vorm van een hogere waarde (lees: voorkoming van faillissement) van de insolvente onderneming. Het recht neemt in deze redenering aan dat crediteuren zich 'economisch irrationeel' en wellicht ook onredelijk of opportunistisch kunnen gedragen en probeert daarin verandering aan te brengen. Er bestaan in deze context derhalve vermeende gedragspresumpties en gedragseffecten, maar de vraag is natuurlijk: kloppen deze aannames? Het zijn immers nog onbewezen veronderstellingen over hoe actoren (schuldeisers) zich gedragen, en belangrijker nog over de daadwerkelijke effecten die door hun gedragsverandering teweeg kunnen worden gebracht. Aan het recht zelf moeten eisen worden gesteld, bijvoorbeeld die van rechtszekerheid. Aanpassingen van wetten dienen dan ook niet lichtvoetig te worden ondernomen maar – via een politiek proces – te worden gerechtvaardigd.³

Waar lopen partijen in de praktijk tegenaan? Het vakgebied *civilologie* gaat in op de empirische kant, 'de onbewezen veronderstellingen', van het civiele recht. In deze bijdrage willen wij een civilologische benadering toepassen op de voorgestelde aanpassing van het faillissementsrecht, en het dwangakkoord buiten faillissement in het bijzonder. Meer in het algemeen willen we een bijdrage leveren aan de discussie rondom wijzigingsvoorstellen voor insolventiewetgeving – Nederland volgt een internationale trend – waarbij het achterliggende idee betreft: versterking van de kansen van overleving van een bedrijf in zwaar weer ('reorganiserend vermogen') met versterking van de positie van de schuldenaar ('debiteur-vriendelijker' maken van insolventiewetgeving) ten koste van een of meerdere groepen crediteuren. De bijdrage is gebaseerd op een enquête onder *credit managers* – professionals binnen veelal grote organisaties die zich bezighouden met debiteurenbeheer- en beleid, incasso en onderhandelingen met schuldenaren in zwaar weer. Het praktijkonderzoek

3 Hoe zou de wereld eruit zien zonder het recht, zouden vrije partijen tot dezelfde (na te streven) uitkomsten kunnen komen? Zie bijvoorbeeld H. Hansmann en R. Kraakman, 'The essential role of organization law', *Yale Law Journal*, 110(3), 2000, p. 387-440, waarin zij nagaan of partijen eenzelfde vennootschappelijke constructie kunnen bewerkstelligen door in vrijheid contracten af te sluiten. De (contractuele) kosten daarvan zouden enorm hoog zijn.

draagt bij aan het verkrijgen van inzicht in de dynamiek van onderhandelingen rondom bedrijven in zwaar weer, de motieven en gedragingen van crediteuren in dat kader, evenals de vraag wat crediteuren beschouwen als 'onredelijk gedrag'. We hopen hiermee een bijdrage te leveren aan de discussie over het versterken van het reorganiserend vermogen binnen faillissementswetgeving, en schuldeiserakkoorden in het bijzonder.

In wat volgt, wordt eerst kort ingegaan op het relatief nieuwe vakgebied civilologie waarna een toelichting wordt gegeven op de in het onderzoek gehanteerde uitgangspunten voor succesvolle informele reorganisatie. Daarna volgen de (statistische) resultaten van een enquête onder schuldeisers als ook enige tentatieve conclusies.

2 CIVILOGIE – DE EMPIRISCHE KANT VAN HET RECHT

Interactie tussen personen vormt een belangrijk element van de samenleving. Het recht bevat de spelregels waarmee het gedrag tussen personen wordt beïnvloed, enerzijds beperkt (door dwingende spelregels) anderzijds verruimd, door het vertrouwen en de bescherming die het biedt. Het burgerlijk recht is in deze context 'intrinsiek multidisciplinair'.⁴ Daarbij beïnvloedt het recht enerzijds gedrag; anderzijds gaat het ook uit van veronderstellingen over gedrag. Maar in hoeverre sluiten de verschillende gedragspresumpties en gedragseffecten aan op de werkelijkheid, de praktijk? Deze vraag komt aan de orde in een relatief nieuw vakgebied: de civilologie. Daaronder kan worden verstaan:

'(...) de verzameling van wetenschappen die in onderlinge samenhang onze kennis vergroot van de gedragspresumpties waar het privaatrecht zich van bedient, de effecten die het privaatrecht heeft op gedrag van individuen, ondernemingen en organisaties en de betekenis die deze presumpties en effecten hebben voor de privaatrechtelijke beleidsvorming, regelstelling en – toepassing.⁵ (...) In deze empirische kant van het privaatrecht komt tot uitdrukking hoe mensen en organisaties werkelijk zijn, denken, beslissen en zich gedragen. Anders gezegd is er invloed van privaatrechtelijke regels op gedrag en sluiten regels aan bij dat gedrag?⁶ Deze

4 C.J.J.M. Stolker, 'Vooruitgang in de wetenschap – vooral toeval of organisatie?', naar aanleiding van J.H. Nieuwenhuis, 'Hinkelspel rond de boom der kennis van goed en kwaad', beiden in: J.H. Nieuwenhuis en C.J.J.M. Stolker (red.), *Vooruit met het recht, wat geldt in de rechtswetenschap als vooruitgang?*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2006, p. 10.

5 Zie W.H. Boom, I. Giesen en A.J. Verheij, 'Inleiding: een handboek voor de civiloloog-privatist', in: W.H. Boom, I. Giesen en A.J. Verheij (red.), *Capita Civilologie: Handboek empirie en privaatrecht*, Boom Juridische Uitgevers: Den Haag 2013, p.1.

6 Boom, Giesen en Verheij 2013, p. 2.

regels kunnen zowel bedoelde als onbedoelde effecten hebben (op verschillende niveaus (...)).⁷

Civilologie is een onderdeel van het juridische wetenschappelijke discours, maar voegt een nieuwe dimensie toe: de empirie ofwel kennis over de effecten van het recht op het gedrag van de mens. Civilologie is dan ook synthetisch van aard, is niet monodisciplinair maar multidisciplinair. Het probeert door meer empirie in het privaatrecht te incorporeren een betere onderbouwing ('bewijzen') te leveren voor werkelijkheidspretenties in het recht. Recht wordt daarmee meer 'evidence-based'. Deze aanvullingen op het privaatrechtelijke landschap komen overigens niet alleen uit de economie of bedrijfswetenschappen: ook aan inzichten uit de psychologie, sociologie en andere gedragswetenschappen kunnen belangrijke inzichten worden ontleend. Het 'aantonen' (of in elk geval niet verwerpen) van gedragspresumpties en effecten kan door middel van verschillende technieken: door laboratoriumexperimenten, case-studies, surveys en computersimulaties.⁸

3 VOORONDERSTELLINGEN

Het uitgevoerde enquêteonderzoek is gebaseerd op een aantal vooronderstellingen, welke mede gebaseerd zijn op een WODC-onderzoek van Adriaanse, Kuijl, Vos en Huls (2004).⁹ In dat onderzoek werd geconcludeerd dat de kans van slagen van een zogenoemde informele reorganisatie – een herstructureringsproces dat plaatsvindt buiten surseance van betaling en zonder gebruikmaking van (overige) juridische dwangmiddelen – wordt verhoogd wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1. adequate reorganisatie van de (operationele) bedrijfsactiviteiten door het management (bij voorkeur met hulp van derden);
2. het betrekken van belangrijke belanghebbenden (lees: financiers) in het reorganisatieproces;
3. transparantie (ten opzichte van belangrijke belanghebbenden) ten aanzien van de financiële situatie en de voorgenomen reorganisatie; en

7 Zo kunnen bijvoorbeeld de rechten van crediteuren positief worden beïnvloed, maar dit kan ten koste gaan van de mate waarin ondernemingen bereid zijn risico's te lopen. Anders gesteld: versterking van crediteurenrechten kan ten koste gaan van (meer risicogevoelige) investeringen in innovatie. De empirische kant van het privaatrecht onderzoekt deze veronderstelde gedragsverandering.

8 Met behulp van computersimulaties kunnen samenlevingen bijvoorbeeld worden nagebootst door mensen (agenten) uit te rusten met bepaalde vaardigheden. Zie: J.M. Epstein en R. Axtell, *Growing artificial societies, Social science from the bottom up*, Brookings Institution Press: Washington D.C. 1996.

9 J.A.A. Adriaanse, N.J.H. Huls, J.G. Kuijl, P. Vos, *Informeel reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement*, WODC, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2004.

4. inbreng van risicodragend kapitaal (al dan niet in de vorm van een overname door een andere partij).

Uit de opsomming blijkt dat aspecten als 'het betrekken van schuldeisers/financiers', 'transparantie' en 'vertrouwen' een belangrijke bijdrage leveren aan de slagingskans van een reddingsoperatie van een onderneming in zwaar weer. 'Dwang' werd nadrukkelijk niet als succesfactor genoemd. Sterker, in het onderzoek werd geconcludeerd dat bevordering van 'mediation' en ook 'soft law' in de vorm van 'richtlijnen en principes' gericht op het 'samen eruit komen' waarschijnlijk meer soelaas bieden bij financiële moeilijkheden, dan openbare reorganisatieprocedures, in combinatie met dwangmiddelen voor de debiteur in nood.

De enquête is dan ook opgezet vanuit de volgende vooronderstellingen (niet-limitatief):

- Schuldeisers zijn in beginsel bereid om constructief mee te denken aan een oplossing voor de onderneming in nood. Ook kwijtschelding behoort daarbij tot de mogelijkheden;
- Meer wettelijke dwang leidt tot een kleinere kans op medewerking van betrokken schuldeisers in een (poging tot) informele reorganisatie;
- Hoe meer bereidheid bij de debiteur tot het delen van informatie met de schuldeiser over de werkelijke financiële situatie, evenals het plan van aanpak om het bedrijf operationeel weer gezond te maken, hoe groter de kans op medewerking van de schuldeiser;
- De wijze van benadering door bedrijven in nood ('tone of voice') – dwingende toon versus op oplossing gerichte benadering – is in hoge mate van invloed op de kans op medewerking van schuldeisers;
- Een norm voor 'onredelijk gedrag' is amper vast te stellen. Wettelijke dwang druist in tegen het rechtsgevoel van crediteuren, dit beïnvloedt hun gedrag in negatieve zin;
- Vertrouwen in het management en haar adviseurs is van doorslaggevend belang, zelfs wanneer de beslissing om *niet* mee te werken economisch ongunstiger is dan wanneer wel wordt meegewerkt.

Onderstaand wordt verslag gedaan van de belangrijkste resultaten van de enquête.

4 UITKOMSTEN VAN DE ENQUÊTE ONDER SCHULDEISERS

Begin 2014 is in samenwerking met de Vereniging voor Credit Management (VVC) een enquête uitgezet onder haar 554 leden; dit resulteerde in een respons van 16,96% (94 leden). Ongeveer tweederde gaf aan werkzaam te zijn als credit manager. Ruim 85% heeft meer dan tien jaar ervaring. Van de 94 leden heeft 53,2% meer dan twintig jaar ervaring. Verder heeft 83% direct

contact met bedrijven in zwaar weer. Aan 88,5% van de respondenten is in de afgelopen vijf jaar een (onderhands/vrijwillig) kwijtscheldingsakkoord aangeboden. 41,1% heeft dit tien keer of minder aangeboden gekregen, 35,9% meer dan tien keer maar minder dan honderd keer, en 11,5% 100 tot 500 keer. 78,2% gaf aan regelmatig in te stemmen met een kwijtscheldingsakkoord. 53,8% stemde vijf keer of minder in. 43,6% stemde tussen de vijf en tachtig keer in.

De enquête bestond uit vier delen: algemene vragen over de schuldeisers, 21 stellingen en twee aparte cases. De stellingen waren onderverdeeld in stellingen over (a) de bereidheid tot medewerking, (b) het dwangakkoord, (c) de rol van informatie bij het tot stand komen van een schuldeiserakkoord en (d) de relatie tussen partijen. We bespreken eerst de gemiddelde scores van de 21 stellingen en verkennen daarna de samenhang tussen deze stellingen met behulp van correlaties. Ten slotte worden de gemiddelde scores van de twee cases vergeleken met behulp van een t-toets.

4.1 Descriptieve analyse

Tabel 1 geeft de gemiddelde scores op de 21 stellingen weer, gerangschikt op een intervallschaal van 5 (volledig mee eens) tot 1 (volledig mee oneens).

Tabel 1: Beschrijvende Statistiek

	Mean	Std. Error	Std. Dev.
21. Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord	4,50	,084	0,813
14. Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord	4,23	,116	1,121
3. Ik ben in het algemeen bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen	4,19	,108	1,050
16. Ondernemingen in zwaar weer zijn in het algemeen onvoldoende transparant over hun reorganisatieplan	4,13	,090	0,870
15. Ondernemingen in zwaar weer zijn te weinig transparant over de werkelijke situatie. Als ze dat wel zouden zijn dan zouden meer crediteuren bereid zijn om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord	4,11	,094	0,910
4. Voor mij is het economische belang altijd doorslaggevend. Hoe groter de kans op betaling, des te groter de kans op mijn medewerking	4,09	,106	1,023
19. Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen in zwaar weer. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten	3,94	,102	0,993
10. Als het makkelijker wordt een dwangakkoord buiten faillissement door te drukken bij niet-willende schuldeisers, zal ik in een eerder stadium stoppen met leveren	3,77	,108	1,052

	Mean	Std. Error	Std. Dev.
17. Reorganisatieplannen die ik onder ogen krijgen zijn veelal te optimistisch ingeschat	3,68	,082	0,793
11. Een dwangakkoord buiten faillissement druist in tegen mijn rechtsgevoel	3,39	,126	1,220
20. Ik ben wel eens benadeeld door een in mijn ogen 'onredelijk' handelende schuldeiser	3,38	,123	1,192
2. Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot	3,28	,131	1,273
1. Hoe meer ik heb te verliezen hoe groter de bereidheid om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord	3,19	,140	1,362
12. Een dwangakkoord buiten faillissement is een pragmatische manier om bedrijven te redden en voor concurrente crediteuren om nog iets eruit te slepen. Bij faillissement krijgen ze toch vrijwel niks. Dit is dus altijd beter.	3,12	,109	1,056
6. Ik ben weleens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was wel akkoord te gaan	3,01	,142	1,380
5. Bij een schuldsanering worden ondernemersrisico's bij de verkeerde partijen gelegd. Dit is een reden om uit principe niet mee te werken	2,83	,134	1,300
13. Bij voorstellen tot schuldsanering krijg ik meestal volledig inzicht in de financiële situatie	2,82	,135	1,311
9. Als ik weet dat (in het nieuwe wetgevingsregime) de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik als vanzelfsprekend ook vrijwillig akkoord gaan	2,77	,124	1,204
18. Bij weinig informatie van de kant van de schuldenaar ben ik veelal toch bereid mee te werken aan een onderhands akkoord	2,17	,118	1,142
7. Ik lig regelmatig 'onredelijk dwars' ten opzichte van mijn medeschuldeisers	2,09	,123	1,188
8. Door mijn toedoen (niet meewerken aan een akkoord) is wel eens een klant in zwaar weer ten onrechte failliet gegaan	1,88	,117	1,135

Antwoorden op 5-punts Likertschaal: 1 (volledig oneens), 2 (enigszins oneens), 3 (neutraal), 4 (enigszins mee eens), 5 (volledig mee eens)

Opvallend zijn de lage scores voor 'door toedoen van schuldeiser ten onrechte failliet gaan' ($\bar{X}=1,88$), 'onredelijk dwarsliggen' ($\bar{X}=2,09$). Schuldeisers geven aan in beginsel coöperatief te zijn. De neutrale score ($\bar{X}=3,01$) voor het 'niet akkoord gaan terwijl beter was dit wel te doen' geeft hieraan ondersteuning. Maar schuldeisers verlangen er wel wat voor terug. Weinig informatieverstrekking zorgt bijvoorbeeld voor weinig bereidheid mee te werken ($\bar{X}=2,17$). Ook vallen de hoge scores op voor de rol van vertrouwen ($\bar{X}=4,50$), inzicht in de financiële situatie ($\bar{X}=4,23$), het reëel betrokken worden bij het overleg door

het aanbieden van verschillende opties ($\bar{X}=4,19$), en transparantie in het algemeen ($\bar{X}=4,13$) c.q. over het reorganisatieplan in het bijzonder ($\bar{X}=4,11$). Daarnaast speelt het 'economisch belang' een substantiële rol ($\bar{X}=4,09$), echter een schuldeiser schrijft niet sneller een vordering af als die 'klein' is ($\bar{X}=3,28$) en de medewerking wordt niet als vanzelfsprekend groter als er 'meer te verliezen is' ($\bar{X}=3,19$). Ten slotte valt op dat een dwangakkoord niet per se indruist tegen het 'rechtsgevoel' ($\bar{X}=3,39$); schuldeisers staan daar redelijk neutraal tegenover. Ook is een dwangakkoord in de ogen van een schuldeiser op zich niet 'een betere manier' om een bedrijf te redden ($\bar{X}=3,12$) en wanneer de helft van de schuldeisers akkoord gaat, gaat een schuldeiser niet als vanzelfsprekend ook 'vrijwillig akkoord' ($\bar{X}=2,77$). Bovenstaande tentatieve observaties lijken de vooronderstellingen over open overleg, transparantie, vertrouwen en informatieverstrekking dus op het eerste gezicht in hoge mate te ondersteunen. Schuldeisers staan daarnaast neutraal tegenover wettelijke dwang.

4.2 Samenhang tussen de mate van betrokkenheid c.q. instemmen en de stellingen

In appendices 1 en 2 is een overzicht gegeven van de correlaties (Pearson's r) tussen het aantal kwijtscheldingsakkoorden dat de afgelopen jaren is 'aangeboden' dan wel waarmee is 'ingestemd', en de 21 stellingen over 'meewerken', 'dwangakkoord', 'informatie' en 'relatie'. Tabel 2 geeft de significante verbanden weer.

Tabel 2a – meer akkoorden aangeboden, MEER eens met de rechter stelling...

Het aantal keren dat een onderhands akkoord is aangeboden	Beperkt positief ($r = .274, p < 0,05$)	Wel eens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was geweest wel akkoord te gaan [6]
---	---	---

Tabel 2b – meer akkoorden aangeboden / ingestemd, MINDER eens met de rechter stellingen...

Het aantal keren dat een (onderhands/vrijwillig) kwijtscheldingsakkoord is aangeboden	Beperkt negatief ($r = -.226$, $p < 0,05$)	Bij weinig informatie van de kant van de schuldenaar ben ik veelal toch bereid mee te werken aan een onderhands akkoord [18]
	Medium negatief ($r = -.316$, $p < 0,01$)	Als de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik ook vrijwillig akkoord gaan [9]
Hoeveel keer ingestemd is met een dergelijk kwijtscheldingsakkoord	Beperkt negatief ($r = -.255$, $p < 0,05$)	
	Beperkt negatief ($r = -.244$, $p < 0,05$)	Bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen [3]

Uit deze tabel kan worden afgeleid dat schuldeisers die vaker met een onderhands akkoord te maken hebben, kritischer staan tegenover een kwijtscheldingsakkoord. Het aantal kwijtscheldingsakkoorden dat een schuldeiser wordt aangeboden, heeft overigens een zeer sterk verband met het aantal akkoorden waarmee de schuldeiser instemt ($r = .769$, $p < 0,0001$).

4.3 Samenhang tussen stellingen

Tabellen 3-6 geven een opsomming van de significante relaties tussen de 21 stellingen onderling (zie appendices 1 en 2 voor een overzicht van alle verbanden).

Tabel 3a – Medewerking: degene die het meer eens is met de linker stelling, is dat ook met de rechter stelling...

Hoe meer ik heb te verliezen hoe groter de bereidheid om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord [1]	Beperkt positief ($r = .211$, $p < 0,05$)	Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot [2]
	Medium positief ($r = .401$, $p < 0,0001$)	Als ik weet dat (in het nieuwe wetgevingsregime) de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik als vanzelfsprekend ook vrijwillig akkoord gaan [9]
Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot [2]	Medium positief ($r = .421$, $p < 0,0001$)	
	Beperkt positief ($r = .233$, $p < 0,05$)	Ik ben in het algemeen bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen [3]
Ik ben in het algemeen bereid in overleg te treden over een oplossing mits er meerdere opties zijn om uit te kiezen [3]	Beperkt positief ($r = .271$, $p < 0,01$)	Voor mij is het economische belang altijd doorslaggevend. Hoe groter de kans op betaling, des te groter de kans op mijn medewerking [4]
	Medium positief ($r = .485$, $p < 0,00001$)	
Voor mij is het economische belang altijd doorslaggevend. Hoe groter de kans op betaling, des te groter de kans op mijn medewerking [4]	Beperkt positief ($r = .278$, $p < 0,01$)	Als ik weet dat (in het nieuwe wetgevingsregime) de helft van de schuldeisers in mijn schuldeiserklasse akkoord is gegaan, zal ik als vanzelfsprekend ook vrijwillig akkoord gaan [9]
Bij een schuldsanering worden ondernemersrisico's bij de verkeerde partijen gelegd. Dit is een reden om uit principe niet mee te werken [5]	Medium positief ($r = .323$, $p < 0,01$)	
Ik ben weleens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was wel akkoord te gaan [6]	Beperkt positief ($r = .229$, $p < 0,05$)	Ik lig regelmatig 'onredelijk dwars' ten opzichte van mijn medeschuldeisers [7]

Ik lig regelmatig 'onredelijk dwars' ten opzichte van mijn medeschuldeisers [7]	Medium positief ($r = .430$, $p < 0,0001$)	Door mijn toedoen (niet meewerken aan een akkoord) is wel eens een klant in zwaar weer ten onrechte failliet gegaan [8]
---	---	---

Tabel 3a – Medewerking: degene die het meer eens is met de linker stelling, is het MINDER eens met de rechter stelling...

Hoe meer ik heb te verliezen hoe groter de bereidheid om mee te werken aan een kwijtscheldingsakkoord [1]	Beperkt negatief ($r = -.224$, $p < 0,05$)	Bij een schuldsanering worden ondernemersrisico's bij de verkeerde partijen gelegd. Dit is een reden om uit principe niet mee te werken [5]
Als de vordering klein is ten opzichte van onze gemiddelde debiteurenstand, dan is mijn bereidheid om een vordering af te schrijven in het algemeen groot [2]	Beperkt negatief ($r = -.204$, $p < 0,05$)	Ik ben weleens niet akkoord gegaan terwijl het bedrijfseconomisch beter was wel akkoord te gaan [6]

Tabel 4a – Dwangakkoord: degene die het meer eens is met de linker stelling, is dat ook met de rechter stelling...

Als het makkelijker wordt een dwangakkoord buiten faillissement door te drukken, zal ik in een eerder stadium stoppen met leveren [10]	Medium positief ($r = .450$, $p < 0,00001$)	Een dwangakkoord buiten faillissement druist in tegen mijn rechtsgevoel [11]
	Beperkt positief ($r = .229$, $p < 0,05$)	Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]
	Medium positief ($r = .330$, $p < 0,05$)	Ondernemingen in zwaar weer zijn te weinig transparant over de werkelijke situatie. Als ze dat wel zouden zijn dan zouden meer crediteuren bereid zijn om mee te werken aan een akkoord [15]
	Beperkt positief ($r = .274$, $p < 0,01$)	Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]
	Medium positief ($r = .428$, $p < 0,0001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord [21]
Beperkt positief ($r = .255$, $p < 0,05$)		
Een dwangakkoord buiten faillissement druist in tegen mijn rechtsgevoel [11]	Medium positief ($r = .317$, $p < 0,01$)	Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]
	Beperkt positief ($r = .279$, $p < 0,01$)	Bij voorstellen tot schuldsanering krijg ik meestal volledig inzicht in de financiële situatie [13]
Een dwangakkoord buiten faillissement is een pragmatische manier om bedrijven te redden. Bij faillissement krijgen ze toch vrijwel niks. Dit is dus altijd beter [12]	Medium positief ($r = .304$, $p < 0,01$)	Bij weinig informatie van de kant van de schuldenaar ben ik veelal toch bereid mee te werken aan een onderhands akkoord [18]

Tabel 4a – Dwangakkoord: degene die het meer eens is met de linker stelling, is het MINDER eens met de rechter stelling...

Een dwangakkoord buiten faillissement druist in tegen mijn rechtsgevoel [11]	Medium negatief ($r = -.387$, $p < 0,001$)	Een dwangakkoord buiten faillissement is een pragmatische manier om bedrijven te redden. Bij faillissement krijgen ze toch vrijwel niks. Dit is dus altijd beter [12]
--	---	---

Tabel 5a – Informatie: degene die het meer eens is met de linker stelling, is dat ook met de rechter stelling...

Bij voorstellen tot schuldsanering krijg ik meestal volledig inzicht in de financiële situatie [13]	Beperkt positief ($r = .212$, $p < 0,05$)	Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]
Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]	Medium positief ($r = .355$, $p < 0,001$)	Ondernemingen in zwaar weer zijn te weinig transparant over de werkelijke situatie. Als ze dat wel zouden zijn dan zouden meer crediteuren bereid zijn om mee te werken aan een akkoord [15]
	Medium positief ($r = .421$, $p < 0,001$)	Ondernemingen in zwaar weer zijn in het algemeen onvoldoende transparant over hun reorganisatieplan [16]
	Beperkt positief ($r = .254$, $p < 0,05$)	Reorganisatieplannen die ik onder ogen krijgen zijn veelal te optimistisch ingeschat [17]
	Beperkt positief ($r = .217$, $p < 0,05$)	Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]
	Medium positief ($r = .4254$, $p < 0,001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord [21]

Ondernemingen in zwaar weer zijn te weinig transparant over de werkelijke situatie. Als ze dat wel zouden zijn dan zouden meer crediteuren bereid zijn om mee te werken aan een akkoord [15]	Sterk positief ($r = .662$, $p < 0,0000001$)	Ondernemingen in zwaar weer zijn in het algemeen onvoldoende transparant over hun reorganisatieplan [16]
	Medium positief ($r = .361$, $p < 0,001$)	Reorganisatieplannen die ik onder ogen krijgen zijn veelal te optimistisch ingeschat [17]
	Medium positief ($r = .472$, $p < 0,001$)	Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]
	Medium positief ($r = .436$, $p < 0,001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord [21]
Ondernemingen in zwaar weer zijn in het algemeen onvoldoende transparant over hun reorganisatieplan [16]	Medium positief ($r = .325$, $p < 0,001$)	Reorganisatieplannen die ik onder ogen krijgen zijn veelal te optimistisch ingeschat [17]
	Medium positief ($r = .458$, $p < 0,001$)	Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]
	Medium positief ($r = .395$, $p < 0,001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord [21]

Tabel 5b – degene die het meer eens is met de linker stelling, is het MINDER eens met de rechter stelling...

Geen inzicht in de financiële situatie betekent voor mij niet meewerken aan een schuldeiserakkoord [14]	Medium negatief ($r = -.367$, $p < 0,001$)	Bij weinig informatie van de kant van de schuldenaar ben ik veelal toch bereid mee te werken aan een onderhands akkoord [18]
---	---	--

Tabel 6 – Relatie: degene die het meer eens is met de linker stelling, is dat ook met de rechter stelling...

Er is veelal te weinig contact tussen schuldeisers en ondernemingen. Daardoor is de overlevingskans vaak moeilijk in te schatten [19]	Medium positief ($r = .373$, $p < 0,001$)	Als ik de ondernemer en zijn adviseurs niet vertrouw, werk ik niet mee aan een akkoord
Ik ben wel eens benadeeld door een in mijn ogen 'onredelijk' handelende schuldeiser [20]	Beperkt positief ($r = .223$, $p < 0,05$)	

Uit de correlatieanalyse lijkt naar voren te komen dat onredelijk gedrag, althans gezien vanuit het perspectief van crediteuren, sterk wordt beïnvloed door de kwaliteit van de relatie tussen schuldeiser en schuldenaar. Vertrouwen, informatie en transparantie spelen daarbij een cruciale rol en bepalen mede het slagen van een onderhands kwijtscheldingsakkoord.

4.4 De formeel juridische versus coöperatieve vorm

Om de rol van omgangsvormen en taalgebruik te onderzoeken, evenals meer in het algemeen het aspect van 'samenwerking versus dwang', zijn twee vergelijkbare cases in de enquête aan de respondenten voorgelegd, waarbij casus A op een formele juridische toon was geformuleerd en casus B een meer coöperatieve toon had: *Stel, u krijgt een brief van de advocaat van uw klant in zwaar weer. De brief bevat de volgende passage:*

CASUS A: '(...) Door de economische omstandigheden is mijn cliënt in zwaar weer terecht gekomen. Wij zijn bezig met een reorganisatie en de perspectieven zijn goed. Indien u akkoord gaat met 60% kwijtschelding op uw vordering, dan is er voldoende perspectief op een gezonde toekomst (...) ik wijs u erop dat wanneer u niet meewerkt, en de meerderheid van de schuldeisers in uw 'schuldeisersklasse' wel, ik u dwing tot medewerking op basis van de Wet Continuïteit Ondernemingen II. Ik zal me dan beroepen op 'onredelijk gedrag' uwerzijds. Mocht het akkoord niet tot stand komen, dan zal het bedrijf hoogstwaarschijnlijk failleren. Mijn verwachting is dat u dan hoogstens 20% op uw vordering ontvangt (...)

CASUS B: '(...) Door de economische omstandigheden is mijn cliënt in zwaar weer terecht gekomen. Wij zijn bezig met een reorganisatie en de perspectieven zijn goed. Hoewel u al veel geduld hebben moeten hebben, zou ik u willen vragen of u bereid bent mee te werken aan de reorganisatie, onderdeel daarvan is een kwijtscheldings-

voorstel waardoor u slechts 40% zult ontvangen, mits elke schuldeiser in uw 'schuldeisersklasse' akkoord gaat. Dit alles spijt ons zeer. We zijn uiteraard bereid om op vertrouwelijke basis volledig inzicht te geven in de financiële situatie. Hoewel we optimistisch zijn, blijven we realistisch. De kans van slagen is niet zeker maar met het uitgebreide reorganisatieplan, inclusief ingrijpende bezuinigingsmaatregelen, zetten we de schouders eronder. De eerste resultaten zijn al zichtbaar. Wij waarderen de relatie met u, en bieden nogmaals ons excuus aan voor de ontstane situatie (...)

Casus A werd gepresenteerd aan het begin van de enquête; Casus B aan het einde na de stellingen. Gegeven de minimale informatie in deze casus werden de respondenten gevraagd op een schaal van 1 tot 10 aan te geven wat in beginsel hun bereidheid was om mee te werken aan een oplossing. De cases zijn economisch beschouwd equivalent.

Met gebruik van een 'gepaarde-steekproef' *t*-toets laten de tabellen 7,8 en 9 zien dat schuldeisers in beginsel gemiddeld meer bereid zijn mee te werken aan een oplossing als de omgangsvormen en het taalgebruik coöperatief van aard zijn ($\bar{X}=5.83$, $SE=.240$) dan wanneer deze op formeel juridische toon wordt geformuleerd ($\bar{X}=4.10$, $SE=.249$), $t(93) = -7.460$, $p < 0.0000001$, $r = 0.37$.

Tabel 7: 'Gepaarde Steekproeven Statistieken'

		Gemiddelde	N	Std. Deviatie	Std. Error Gemid.
Paar 1	Casus A – u krijgt een brief van de advocaat ...	4,10	94	2,414	,249
	Casus B – u krijgt een brief van de advocaat ...	5,83	94	2,331	,240

Tabel 8: 'Gepaarde Steekproeven Correlaties'

		N	Correlatie	Sig.
Paar 1	Casus A – u krijgt een brief van de advocaat ...	94	,549	,000

Tabel 9: 'Gepaarde Steekproeven Toets'

		Gepaarde Verschillen					t	df	Sig. (2-zijdig)
		Gemid.	Std. deviatie	Std. error gemid.	95% Betrouwbaarheidsinterval v/h/ verschil				
					Lower	Upper			
Paar 1	Casus A – u krijgt...	-1,734	2,254	,232	-2,196	-1,272	-7,460	93	,000

De effectgrootte ($r = 0.37$) is daarbij medium (Cohen, 1992).¹⁰ Met behulp van de software-applicatie 'G*Power' (versie 3.1.9) is vervolgens de 'statistical power' berekend, post-hoc bij een α -niveau van .05. Gegeven dat deze (ruim) groter is dan .8 (Mazen, Hemmasi en Lewis, 1985),¹¹ bij een effectgrootte van 0.37 en een steekproefomvang van 94, kan worden geconcludeerd dat de steekproefomvang groot genoeg is en dat het zeer waarschijnlijk is ($1-\hat{\alpha}=.94$) dat er daadwerkelijk een significant positief verschil in bereidheid bestaat wanneer schuldeisers op een meer coöperatieve in plaats van een formeel juridische wijze worden gevraagd mee te werken aan een oplossing.

5 Conclusies en kanttekeningen rondom het dwangakkoord buiten faillissement

Aanleiding voor dit onderzoek is de aangekondigde herijking van het faillissementsrecht, gericht op het versterken van het 'reorganiserend vermogen' van bedrijven, waarbij sanering van schulden buiten faillissement wordt vergemakkelijkt door middel van 'dwang'. Beoogd criterium daarbij is het tegengaan van kennelijk 'onredelijk gedrag', in het bijzonder wanneer andere schuldeisers (meer dan 50%) reeds akkoord zijn gegaan. Hoewel het afwachten is wat de wettelijke regeling precies zal inhouden, zouden wij op basis van het onderzoek de volgende tentatieve conclusies willen trekken, evenals kanttekeningen willen plaatsen.

- 'Transparantie', 'vertrouwen' en 'informatie' zijn aantoonbare sleutelbegrippen in de context van schuldeisersakkoorden. In combinatie met een in beginsel open houding van crediteuren om mee te werken aan een akkoord zijn hiermee ingrediënten aanwezig om de noodzaak van 'dwang' te heroverwegen of op zijn minst te (her)onderzoeken;
- De houding van de ondernemer en zijn/haar adviseurs richting schuldeisers ('tone of voice') heeft een significante invloed op de bereidheid van crediteuren om wel of niet mee te werken. Een 'coöperatieve houding' loont derhalve ten opzichte van 'dwang', waarbij we op basis van het bovenstaande durven te stellen dat dit niet alleen geldt in de context van vermeend onredelijk gedrag, wanneer reeds 50% van de collega-schuldeisers akkoord is gegaan, maar ook in een eerdere fase van (poging tot) vrijwillige schuldsanering;
- Meer in het algemeen, het reorganiserend vermogen van bedrijven in nood zal niet zomaar toenemen wanneer het dwangakkoord buiten faillissement

10 J. Cohen, 'A power primer', *Psychological Bulletin*, 112(1), 1992, p. 155-159.

11 A.M.M. Mazen, M. Hemmasi. en M.F. Lewis, 'In Search of Power: A Statistical Power Analysis of Contemporary Research in Strategic Management', *Academy of Management Proceedings*, 1985, p. 30-34.

wordt ingevoerd. Sterker, door als gevolg hiervan mogelijk toenemende polarisatie tussen schuldenaren en schuldeisers, evenals tussen schuldeisers onderling lijkt de kans aanwezig dat bereidheid tot medewerking aan een informele oplossing bij voorbaat al minder groot is. De voorgenomen wijzigingen zouden dus zelfs averechts effect kunnen opleveren;

- De resultaten suggereren dat het dwangakkoord buiten faillissement misschien wel een verkeerde oplossing is voor het verkeerde vraagstuk. Name-lijk, de eenzijdige focus op het met dwang saneren van schulden, vanuit het (negatieve) uitgangspunt van kennelijk 'onredelijk gedrag' (is dat wel objectief vast te stellen?), in plaats van het bevorderen van samenwerking met crediteuren ('tweerichtingsverkeer') gebaseerd op onderling vertrouwen, informatie-uitwisseling en constructief overleg. Met andere woorden, een wetsvoorstel dat zich alleen richt op het gedrag van de schuldeiser is incompleet omdat er geen eisen worden gesteld aan het noodzakelijke constructieve gedrag van de schuldenaar.

Ons advies aan de Minister zou dan ook zijn eerst nog eens twee keer na te denken voordat het dwangakkoord buiten faillissement wordt ingevoerd, en met behulp van aanvullend onderzoek te bezien of bijvoorbeeld niet beter met behulp van (stimulering van) 'soft-law' de gewenste samenwerking en 'deals' tussen debiteuren en crediteuren tot stand kunnen worden gebracht. Niet in de laatste plaats omdat de in de wetswijziging beoogde (forse) doorbreking van de contractsvrijheid op zijn minst behoedzaamheid te weeg moet brengen. Mogelijke alternatieven die de rechtszekerheid *minder* in gevaar brengen zouden dus te allen tijde eerst moeten worden onderzocht. *Deal or No deal?*

