

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Datum 20 januari 2014
Referentie BR2088

Betreft: Reactie NVB op consultatie wetsontwerp voor de Wet Continuïteit
Ondernemingen I (wetsvoorstel met betrekking tot de pre-pack)

Geachte heer Opstelten,

De Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) heeft met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie neergelegde voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I (het 'Voorontwerp') en maakt graag gebruik van de mogelijkheid om daarop te reageren.

De NVB vindt dat met het Voorontwerp een goede bijdrage wordt geleverd aan de modernisering van de Faillissementswet.

De pre-pack kent in bepaalde situaties belangrijke voordelen voor de continuïteit van de onderneming en verdient daarom een wettelijke basis. De keuze voor een kaderregeling is passend.

De NVB meent dat een afweging van de voordelen tegen de nadelen van een pre-pack en het waken voor misbruik aan de hoofrolspelers (rechtbank, (beoogd) rechter-commissaris en (beoogd) curator) moet worden overgelaten.

Naar de mening van de NVB dient het Voorontwerp op enkele onderdelen aangepast te worden. Daarbij is het belangrijkste thema het afleggen van een bindende verklaring door de beoogd curator over de verrekeningsproblematiek van artikel 54 Faillissementswet gedurende de pre-pack periode. Op het moment dat de bank namelijk wetenschap heeft van een pre-pack en als gevolg daarvan wettelijk moet vrezen dat zij ontvangen bedragen niet kan verrekenen en daardoor aan de curator moet afstaan, is de bank feitelijk niet langer in staat haar rol als financier in de pre-pack periode te continueren.

Bijgevoegd ontvangt u onze uitgebreide reactie. De NVB heeft geen bezwaar tegen publicatie van deze reactie.

Uiteraard zijn wij bereid om onze reactie in een gesprek nader toe te lichten.

Hoogachtend,

Chris Buijink
Voorzitter



Reactie Nederlandse Vereniging van Banken (NVB) op het Voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I (wetsvoorstel met betrekking tot de pre-pack)

De NVB heeft met belangstelling kennisgenomen van het ter consultatie neergelegde voorontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I (het 'Voorontwerp') en maakt graag gebruik van de mogelijkheid om daarop te reageren.

Het Voorontwerp voorziet in een wettelijke basis voor wat in de praktijk de pre-pack wordt genoemd. De NVB ziet de pre-pack als een variant op de klassieke of 'gewone' doorstart na faillissement door middel van een activa transactie. Dat is een in Nederland al vele jaren toegepaste methode om ondernemingen na een faillissement een nieuwe start te laten maken, waardoor de maatschappelijke en financiële schade van het faillissement zoveel mogelijk wordt beperkt. De pre-pack biedt onder omstandigheden enkele belangrijke voordelen boven een gewone doorstart na faillissement. Na enkele andere algemene opmerkingen onder 1, komen de voor- en nadelen hierna onder 2 en 3 aan de orde. Vervolgens wordt onder 4, 5 en 6 op een aantal specifieke onderdelen van het Voorontwerp in gegaan. Daarbij zal de systematiek van het Voorontwerp worden gevolgd.

Samenvatting

Met het Voorontwerp wordt een goede bijdrage geleverd aan de modernisering van de Faillissementswet. De NVB onderschrijft de uitgangspunten van het Voorontwerp. De pre-pack kent in bepaalde situaties belangrijke voordelen voor de continuïteit van de onderneming en verdient daarom een wettelijke basis. De keuze voor een kaderregeling is passend. De NVB meent dat een afweging van de voordelen tegen de nadelen van een pre-pack en het waken voor misbruik aan de hoofrolspelers (rechtbank, (beoogd) rechter-commissaris en (beoogd) curator) moet worden overgelaten.

Naar de mening van de NVB dient het Voorontwerp op enkele onderdelen aangepast te worden. Daarbij is het belangrijkste thema het afleggen van een bindende verklaring door de beoogd curator over de verrekeningsproblematiek van artikel 54 Faillissementswet (Fw) gedurende de pre-pack periode. Op het moment dat de bank namelijk wetenschap heeft van een pre-pack en als gevolg daarvan wettelijk moet vrezen dat zij ontvangen bedragen niet kan verrekenen en daardoor aan de curator moet afstaan, is de bank feitelijk niet langer in staat haar rol als financier in de pre-pack periode te continueren. Deze problematiek dient evenals de pauliana problematiek in de wet te worden geregeld.

Andere aspecten zijn:

- de pre-pack dient ook mogelijk te zijn als dit in het belang is van bepaalde crediteuren, zoals separatisten, preferente crediteuren (zoals Belastingdienst en UWV en/of werknemers) en andere crediteuren die geen belang hebben bij een pre-pack;
- de mogelijkheid van de rechtbank ook de (huis)financier van de onderneming te horen over de vraag over welke kwalificaties de beoogd curator moet beschikken en wie daarvoor in aanmerking komen;
- de rol van de beoogd curator (scheidsrechter);
- de positie van de aandeelhouder in het kader van de aanvraag; en
- de toezichthoudende rol van de beoogd rechter-commissaris.

1. macro economische betekenis en aantallen pre-packs

Pre-packs worden door de meeste rechtbanken al mogelijk gemaakt en er zijn inmiddels al enkele ervaringen mee opgedaan. De NVB verwacht niet dat er in grote getale doorstarts vanuit een pre-pack zullen plaatsvinden.

Bedrijven die in financiële problemen verkeren zullen - veelal in samenspraak met de afdeling bijzondere kredieten van de banken en andere stakeholders - zoeken naar oplossingen buiten

surseance en faillissement. Die oplossingen bestaan meestal uit een bedrijfseconomische reorganisatie en/of een financiële herstructurering waar geen faillissement aan te pas komt. Een vrijwillige verkoop van het bedrijf of onderdelen daarvan is daarbij een van de te onderzoeken routes en kan deel uitmaken van de reorganisatie. In een belangrijk aantal probleemgevallen wordt inderdaad een dergelijke 'zachte landing' tot stand gebracht. In die gevallen waarin dat niet lukt, is de ruimte om de onderneming te continueren meestal beperkt, zeker als het bedrijf daarvoor door een faillissement heen moet. Daarom is het niet zo verwonderlijk dat het aantal doorstarts na faillissement (inclusief de pre-packs) in het huidige economische klimaat relatief beperkt is en dat veel faillissementen (helaas, maar meestal onvermijdelijk) worden afgewikkeld door de activa te liquideren. De mogelijkheid van een pre-pack verandert deze economische realiteit niet en de pre-pack kan, in de visie van de NVB, hoogstens een alternatief zijn voor een gewone doorstart. De NVB verwacht daarom niet dat door de gewijzigde wetgeving de pre-pack macro economisch gezien op grote schaal zal worden toegepast.

2. *voordelen*

De voordelen van een pre-pack ten opzichte van een 'gewone' doorstart na faillissement zijn met name gelegen in een betere voorbereiding van de activa-transactie, die bij een doorstart nodig is om de onderneming te continueren, en het daardoor verkorten van de tijd tussen het uitspreken van het faillissement en het uitvoeren van de activa-transactie. Deze voorbereiding geschiedt onder het wakend oog van de beoogd curator. De pre-pack geeft de beoogd curator de tijd en de gelegenheid zich de problematiek eigen te maken. Dit in tegenstelling tot de praktijk van de 'gewone' doorstart, waarbij de curator nauwelijks de tijd heeft zich een gedegen oordeel te vormen over de aan hem voorgelegde doorstart. Bovenstaande leidt er niet alleen toe dat er meer waarde blijft behouden, maar geeft ook de mogelijkheid dat andere partijen dan de voormalige ondernemer(s) of het management in de gelegenheid worden zijn zich een gedegen oordeel te vormen over de (waarde van) de activa en de mogelijkheid de onderneming - zo nodig vanuit een faillissement - voort te zetten.

Voor diverse ondernemingen heeft het stilliggen van de activiteiten - al is het maar één of enkele dagen - onomkeerbare gevolgen. Voor zulke ondernemingen geldt dat het uitstralingseffect van een faillissement of surseance desastreus is en de (waarde van de) onderneming mede door de huidige snelheid waarmee informatie via internet wordt verspreid vrijwel meteen 'verdamp't'. In de praktijk is gebleken dat er voor dergelijke gevallen behoefte aan de pre-pack bestaat.

De pre-pack geeft ook de mogelijkheid om leveranciers en afnemers zekerheid te geven over de continuïteit van de levering van goederen en/of diensten. Als die zekerheid niet snel genoeg na faillissement gegeven kan worden, zullen zij op zoek gaan naar alternatieven en hun relatie met de failliete onderneming zo snel mogelijk beëindigen. In dergelijke gevallen kunnen de ondernemingsactiviteiten (d.w.z. kan de onderneming) bij een faillissement van de vennootschap alleen behouden blijven als er een koper is die de onderneming vrijwel onmiddellijk na het uitspreken van het faillissement voortzet en daarbij zekerheid omtrent continuïteit kan bieden aan zowel de leveranciers, de afnemers en het personeel. Een pre-pack levert in zo'n geval een beter resultaat op dan wanneer de voorgenomen activa transactie niet voor het faillissement kan worden voorbereid en de curator pas na faillissement betrokken wordt.

Gezien deze duidelijke voordelen van en behoefte aan de pre-pack als één van de insolventie instrumenten, verdient de pre-pack volgens de NVB een wettelijke basis.

3. *nadelen en risico van misbruik*

De NVB is zich bewust dat aan de pre-pack ook nadelen kleven en dat er een zeker risico van misbruik is. In punt 5 van de Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp wordt op enkele bezwaren in gegaan.

Een van de nadelen die is genoemd is het ontbreken van een openbaar biedingsproces op de activa¹. Evenwel ook bij de tot dusverre gehanteerde praktijk van de voorbereide doorstart of een doorstart na het faillissement is geen sprake van een openbaar biedingsproces. In met name de grotere dossiers zal er voor faillissement meestal al een zogenoemd 'distressed' M&A proces hebben plaatsgevonden. Als dit goed en professioneel is uitgevoerd, voegt een openbaar biedingsproces tijdens faillissement niets meer toe. De beoogd curator kan zich hierover een oordeel vormen als hij inzage heeft in het (verloop en de uitkomst van het) biedingsproces.

Verder is in diverse publicaties gewezen op het risico van misbruik en concurrentievervalsing. Het risico op concurrentievervalsing is bij de pre-pack echter kleiner dan bij een gewone doorstart, omdat bij een pre-pack naar verwachting een betere prijs betaald wordt voor de onderneming dan bij een gewone doorstart of executie van de activa. Daardoor moet de nieuwe onderneming dus meer investeren, is zijn kostprijs hoger en hebben concurrerende ondernemingen minder last van de doorstart.

De NVB is van mening dat gezien het risico van misbruik enkele randvoorwaarden voor de pre-pack moeten gelden.

De pre-pack moet alleen worden toegepast in die gevallen waarin een gewone doorstart na faillissement geen reëel alternatief is. Zoals hiervoor gesteld is dat het geval als in redelijkheid verwacht wordt dat de onderneming in een faillissement niet of nauwelijks kan worden gecontinueerd en snel 'verdamp't' omdat leveranciers, afnemers en/of personeel afhaken. Dan gaat er veel waarde onnodig verloren. Als echter aannemelijk is dat de onderneming in een faillissement tijdelijk kan worden gecontinueerd en dat daardoor geen substantieel waardeverlies ontstaat, heeft (een onderzoek naar) een gewone doorstart de voorkeur boven een pre-pack. Hierbij valt te denken aan een productiebedrijf waarbij de afnemers sterk afhankelijk zijn van het product.²

Zowel de rechtbank, de rechter-commissaris als de beoogd curator moeten voldoende oog hebben voor de nadelen en het risico van misbruik van een pre-pack, maar dat geldt evenzeer voor de gewone doorstart na faillissement. Op basis van praktijkervaringen heeft de NVB de indruk dat de genoemde actoren zich daar voldoende bewust van zijn. Gezien het feit dat het Voorontwerp een kaderregeling is, meent de NVB dat het afwegen van voor- en nadelen en het beoordelen van het risico van misbruik van de pre-pack aan deze partijen overgelaten dient te worden. De NVB is van mening dat dit van geval tot geval beoordeeld moet worden en dit aspect niet in het Voorontwerp geregeld kan c.q. zou moeten worden. Dat neemt echter niet weg dat in die gevallen die zich voor een pre-pack lenen (zie hiervoor onder 2) er wel behoefte is aan een wettelijke basis voor de pre-pack.

Daarbij is van belang dat de toezichthoudende taak van de beoogd rechter-commissaris goed tot zijn recht komt. De toezichthoudende taak van de beoogd rechter-commissaris is bij een pre-pack belangrijker dan bij een 'normaal' faillissement, omdat een pre-pack in stilte plaatsvindt en de beoogd curator zijn verantwoording over de stille periode pas in zijn hoedanigheid van benoemd curator in zijn eerste faillissementsverslag kan geven. Het is daarom wenselijk dat in de wet wordt aangegeven dat de beoogd rechter-commissaris een toezichthoudende taak heeft, dat hij aanwijzingen kan geven en dat de beoogd curator hem desgevraagd inlichtingen dient te verstrekken.

Bovenstaande is van belang omdat de opzet van de pre-pack niet werkt als de rechter-commissaris na faillissement zijn toestemming onthoudt. Als de beoogd rechter-commissaris goed toezicht kan

¹ B. Tideman in Tijdschrift voor Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk, nr. 6 van september 2013 en G. Gispen in het Jubileumboek voor Mart Franken, hoofdstuk XI, pagina's 80-93 (zie: http://www.vil.nl/files/publications/1389694948_VIL%20Jubileumboek%2001.pdf)

² Dit was bijvoorbeeld aan de orde in het recente faillissement van productiebedrijf Thermphos, waarbij de afnemers geen alternatieven hadden en de onderneming derhalve in faillissement kon worden gecontinueerd.

houden en goed geïnformeerd wordt, dan kan hij ook zekerheid geven over de voorwaarden van toestemming door de rechter-commissaris na faillissement.

4. verzoek schuldenaar (artikel 363 Voorontwerp)

Artikel 363 lid 1 sub a bepaalt dat de schuldenaar aannemelijk dient te maken dat met de aanwijzing het belang van zijn gezamenlijke schuldeisers is gediend. De NVB vindt dat een pre-pack ook mogelijk moet zijn als bepaalde crediteuren geen direct belang bij de pre-pack hebben (bijvoorbeeld concurrente crediteuren die geen zicht hebben op een uitkering), maar andere crediteuren - zoals bijvoorbeeld separatisten, preferente crediteuren en/of werknemers - wel belang hebben bij een pre-pack. De NVB bepleit daarom in artikel 363 lid 1 sub a het woord gezamenlijke tussen haken te plaatsen.

Het Voorontwerp en de toelichting zeggen niets over de vraag wat de positie is van de aandeelhouder wanneer de schuldenaar (die, zeker na de flexibilisering van het BV recht, veelal een vennootschap zal zijn) het verzoek aan de rechtbank wil doen om een of meer personen aan te wijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld tot curator of in geval van verlening van surseance van betaling als bewindvoerder. Moet het bestuur voor een dergelijke verzoek toestemming hebben van de algemene vergadering van aandeelhouders (AVA)? De NVB is van mening dat de wetgever hierover duidelijkheid moet geven.

De NVB meent om de volgende redenen dat de toestemming van de AVA voor de hiervoor genoemde verzoeken niet nodig zou moeten zijn. Voor een aanvraag tot het verlenen van surseance van betaling geldt dat - tenzij dit in de statuten anders is bepaald - geen toestemming van de AVA nodig is. Daarom ligt het niet voor de hand wanneer voor de aanvraag om een beoogd bewindvoerder aan te wijzen wel toestemming van de AVA gevraagd moet worden.

Hoewel voor een eigen aangifte van faillissement een opdracht van de AVA nodig is³, meent de NVB dat het bestuur zelfstandig en vanuit de eigen verantwoordelijkheid (dus zonder opdracht van de AVA) moet kunnen beslissen omtrent een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Dit standpunt wordt ingegeven door het feit dat de schuldenaar bij het verzoek aannemelijk moet maken dat (kort gezegd) met de aanwijzing de belangen van schuldeisers en/of maatschappelijke belangen zijn gediend. In dit kader zal het bestuur noodgedwongen een keus tussen de belangen van de betrokken stakeholders moeten maken. Daarbij is de aandeelhouder meestal 'out of the money'. Als een aandeelhouder dan niet bereid of in staat is de financiële positie van de vennootschap te versterken, dan is zijn belang niet meer relevant voor de afweging of al dan niet een aanvraag moet worden ingediend. Moet de AVA toestemming of opdracht geven, dan kan de AVA een pre-pack simpelweg voorkomen door die toestemming niet te verlenen. Het resultaat daarvan is waarschijnlijk dat het bestuur vanwege de 'Beklamel-norm'⁴ direct surseance van betaling zal (moeten) aanvragen. De belangen van de andere stakeholders zijn daar vaak niet mee gediend. Voorkomen moet worden dat een AVA haar benodigde toestemming als 'nuisance value' kan gebruiken c.q. misbruiken.

Een tweede reden waarom de toestemming van de AVA naar de mening van de NVB niet nodig is, houdt verband met het feit dat een beoogd curator op verlangen van (onder meer) de schuldenaar weer van zijn taak ontheven kan worden. Dit betekent dat de voorfase nog een weg terug kent. Anders dan bij een surseance van betaling die een bewindvoerder vrij eenvoudig kan laten omzetten in een faillissement, kan de beoogd curator dat niet. Blijkt in de voorfase dat er een andere, betere, oplossing is voor de financiële problemen (bijvoorbeeld doordat de bestaande aandeelhouder of een nieuwe aandeelhouder de onderneming alsnog van vers kapitaal voorziet of een akkoord wordt

³ Zie artikel 2:246 BW voor de BV

⁴ De 'Beklamel-norm' houdt in dat een bestuurder van een vennootschap onrechtmatig handelt jegens een schuldeiser, indien hij namens die vennootschap verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou kunnen bieden voor de schade die de schuldeiser op grond daarvan zou lijden.

bereikt met de schuldeisers of een belangrijk deel daarvan), dan kan er behoefte aan deze weg terug zijn.

Voor het slagen van een pre-pack is het ook van belang dat de juiste persoon als beoogd curator wordt benoemd. Daarbij zijn factoren als ervaring met zelfde soort bedrijven, affiniteit met de branche, e.d. belangrijk. In Angelsaksische landen heeft de aanvrager van de 'administration' invloed op de keuze van de curator. Volgens de NVB heeft het in de Nederlandse praktijk toegevoegde waarde als de verzoeker bij de aanvraag aan de rechtbank een omschrijving geeft van de kwalificaties waaraan een beoogd curator moet voldoen en een aantal namen kan aangeven van beoogd curatoren die naar zijn mening over voldoende kwalificaties en expertise beschikken op het werktein van de onderneming. De NVB ziet graag dat in de Memorie van Toelichting wordt aangegeven dat de rechtbank de mogelijkheid heeft ook de (huis)financier van de onderneming te horen over de vraag over welke kwalificaties de beoogd curator moet beschikken en wie daarvoor in aanmerking komen.

5. rol van de beoogd curator (artikel 365 lid 1 Voorontwerp)

In het debat over de pre-pack is veel gediscussieerd over de vraag wat de rol van de beoogd curator is. De beoogd curator wordt door sommigen gezien als een 'fly on the wall', door andere als een 'spin in het web' of als "scheidsrechter". Naar de mening van de NVB zegt het Voorontwerp terecht dat hij niet moet worden gezien als insolventie-adviseur. Een insolventie-adviseur is vaak al in de fase vóór de aanwijzing van een beoogd curator betrokken en kan zonder tussenkomst van de rechtbank door de schuldenaar worden ingehuurd. De NVB meent dat de beoogd curator niet meer of minder is dan zijn naam doet vermoeden. Hij heeft in de zogenoemde voorfase (dat wil zeggen tot het uitspreken van faillissement een bescheiden - deels toetsende - rol, maar alle betrokkenen weten dat die rol gewicht krijgt op het moment dat een activa-transactie kort na het faillissement tot stand moet worden gebracht. Als er een vergelijking getrokken moet worden, dan is die met de scheidsrechter in de sport volgens de NVB het meest passend. De scheidsrechter ziet er immers op toe dat er door de diverse spelers conform de spelregels wordt geacteerd en indien dat niet het geval is heeft hij de mogelijkheid om in te grijpen, waarna het spel voortgezet kan worden. In uitzonderlijke gevallen kan de scheidsrechter het spel staken (vgl. terugtreden door beoogd curator).

Als onafhankelijk scheidsrechter dient de beoogd curator niet de 'coach' van één van de spelers/teams te zijn. Wel houdt hij rekening met de belangen van de diverse crediteuren met in achtname van hun rangorde en preferenties. Ook in het geval dat bepaalde crediteuren geen direct belang bij de pre-pack hebben (bijvoorbeeld concurrente crediteuren die geen zicht hebben op een uitkering), dient de beoogd curator zijn rol te vervullen voor de overige crediteuren, waaronder separatisten en preferente crediteuren. Om de metafoor van de sport voort te zetten: na het afvallen van teams in de voorrondes is een scheidsrechter ook in de finale nodig.

De beoogd curator dient dus niet de regisseur van die transactie te zijn. Voor een goede doorstart is het van belang dat de beoogd curator zich in de voorfase al in de transactie kan verdiepen en dan al kan verklaren hoe hij daar tegenover zal staan op het moment dat hij formeel tot curator is benoemd. Dat geeft dan ruimte verbeteringen aan te brengen in de voorgenomen plannen, zodat de beoogd curator geen twijfels meer hoeft te hebben op het moment dat het faillissement daadwerkelijk wordt uitgesproken.

6. verklaringen o.g.v. artikel 365 lid 2 Voorontwerp

In artikel 365 lid 2 Voorontwerp wordt expliciet vermeld dat de beoogd curator zich kan uitlaten over het al dan niet vernietigen van rechtshandelingen op grond van de Pauliana (artikelen 42 tot en met 47 Fw). De NVB mist hier artikel 54 Fw (verrekening). Zonder de wettelijke mogelijkheid van een regeling over het al dan niet van toepassing zijn van artikel 54 Fw gedurende de pre-pack periode zullen de meeste financiers niet bereid zijn tijdens de pre-pack periode door te financieren. In dat geval is het niet mogelijk de onderneming voort te zetten, hetgeen direct in faillissement zal resulteren. Met andere woorden: zonder een wettelijke regeling met betrekking tot artikel 54 Fw heeft de pre-pack in veel gevallen weinig kans van slagen.

Hieronder illustreert de NVB met een voorbeeld het belang van een wettelijke regeling m.b.t. artikel 54 Fw: De voorraden vallen meestal onder het pandrecht van de financier. Indien verpande voorraden door de schuldenaar worden verkocht zonder dat er sprake is van uitoefening van het pandrecht door de financier, dan zal de financier geen bijzondere verhaalpositie hebben ten aanzien van de direct gerealiseerde verkoopopbrengst⁵, tenzij er bij de verkoop eerst een vordering is ontstaan die aan de financier verpand is. In beginsel zal de financier niet verpande verkoopopbrengsten die vóór de faillissementsdatum worden gerealiseerd en die in de rekening courant van de cliënt worden bijgeschreven kunnen verrekenen met hetgeen de financier van de cliënt te vorderen heeft. Daarvoor moet de financier wel te goeder trouw zijn in de zin van artikel 54 Fw. In de fase tussen de aanwijzing van een beoogd curator en het uitspreken van het faillissement is er op basis van bepaalde jurisprudentie discussie mogelijk over de vraag of de financier nog wel te goeder trouw is in de zin van artikel 54 Fw en zich derhalve nog wel op verrekening kan beroepen. Voor de continuïteit van de onderneming en beoogde doorstart is het van belang, dat de onderneming in de fase tussen de aanwijzing van de beoogd curator en het uitspreken van het faillissement door kan draaien. Dat kan in zijn algemeenheid alleen als in de pre-pack fase er geen andere regels gelden dan daarvoor. Op het moment dat de bank wetenschap heeft van een pre-pack en als gevolg daarvan moet vrezen dat hij het risico loopt ontvangen bedragen niet meer te kunnen verrekenen en ze later aan de curator moet afstaan, is de financier niet bereid haar rol als financier in de pre-pack periode te continueren. Als een financier van een (retail-)onderneming op voormelde wijze het risico loopt met lege handen te komen staan, betekent dit in zijn algemeenheid dat een financier de financiering opzegt en over zal gaan tot executie van haar zekerheden. Naar de mening van de NVB ligt het voor de hand dat de beoogd curator hierover kan verklaren jegens de financier. Het is noodzakelijk dat zo'n verklaring een wettelijke basis krijgt opdat de financier op een dergelijke verklaring kan vertrouwen en niet beducht hoeft te zijn dat de verklaring ter discussie wordt gesteld door de (opvolgend) curator en de (opvolgend) rechter-commissaris. Als de financier dergelijke zekerheid niet krijgt, zullen financiers zich genoodzaakt zien maatregelen te nemen om te voorkomen dat hun positie tijdens de pre-pack periode niet verslechtert.

⁵ Zie het arrest inzake Modehuis Molly (HR 01-05-1976, NJ 1976, 450)